Raad van State



Motivering bij rechtsvorming

mr. dr. J.C.A. de Poorter en
mr. dr. H.J.Th.M. van Roosmalen

november 2009



Raad van State



Motivering bij rechtsvorming

Over de motivering van uitspraken met een rechtsvormend element door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Aanbevolen citeertitel:
J.C.A. de Poorter en H.J.Th.M. van Roosmalen, *Motivering bij rechtsvorming. Over de motivering van uitspraken met een rechtsvormend element door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State,* Den Haag: Raad van State 2009.

Colofon

Ontwerp en opmaak: Frans Gijzemijter, Waddinxveen
Illustraties: Ed van Brummen, Zevenhuizen
Druk: OBT bv, Leiden

ISBN 978-90-9024793-9

Woord vooraf

De studie van mr. dr. J.C.A. de Poorter en mevrouw mr. dr. H.J.Th.M. van Roosmalen over motivering bij rechtsvorming die voor u ligt, vormt de eerste uitgave in de serie ’Studies en rapporten’ van de Raad van State.

Deze 'Studies en rapporten' concentreren zich op aspecten in het werk van de Raad die om speciale aandacht en verdere doordenking vragen.

In zekere zin wordt in de ’Studies en rapporten’ verslag gedaan van de voortgang in dat denken, hetzij over aspecten in de advisering, hetzij over aspecten van de bestuursrechtspraak, hetzij over het 'constitutioneel fundament' dat ten grondslag ligt aan beide functies van de Raad: de nationale constitutie, de Europese constitutie - inclusief het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM) - en het Statuut voor het Koninkrijk. De stelselmatige ontwikkeling van kennis van en inzicht in deze gemeenschappelijke ’constitutionele orde in de brede zin’ is een taak die de Raad sinds een tweetal jaren expliciet ter hand heeft genomen en waarvoor hij binnen zijn organisatie de kaders heeft geschapen. Het ’Wetsvoorstel herstructurering Raad van State’ dat naast de beide Afdelingen advisering en bestuursrechtspraak voorziet in een aparte Raad als overkoepelende eenheid, geeft mogelijkheden om de inhoudelijke samenhang tussen beide functies van de Raad verder te versterken en ook van die werkzaamheden verslag te doen in deze nieuwe serie.

Van die delen van de ’Studies en rapporten’ die onder de naam van de auteur(s) verschijnen, blijven de daarin ontvouwde gedachten voor rekening van de schrijvers en geven deze niet noodzakelijkerwijs het standpunt van de Raad weer. De Raad acht het echter wel van groot belang dat deze gedachten via publicatie worden ingebracht in het publieke en politieke debat over de kwaliteit van wetgeving, bestuur en rechtspraak.

Blijft mij tot slot over de beide auteurs, de heer De Poorter en mevrouw Van Roosmalen, van harte te bedanken voor hun inspanningen en hen te complimenteren met het resultaat.

U, lezer, roep ik toe: ”tolle lege”.

H.D. Tjeenk Willink
Vice-President

Ten geleide

De motivering vormt naast de beslissing (het 'dictum') het belangrijkste element van een rechterlijke uitspraak. En uiteraard hangen motivering en beslissing ten nauwste met elkaar samen: de motivering moet de beslissing inzichtelijk en, voor zover mogelijk, voor alle partijen aanvaardbaar maken. De motivering dwingt de rechter er toe zich op ieder onderdeel van zijn beoordeling van de geschilpunten en het toe te passen recht rekenschap te geven van de overtuigingskracht en toereikendheid ervan met het oog op de beslissing, stelt partijen in staat na te gaan op welke wijze en in welke mate de door hen aangedragen feiten en rechtsgronden in de beschouwing zijn betrokken, en verschaft de buitenwereld de mogelijkheid inzicht te verkrijgen in en toezicht uit te oefenen op het functioneren van de rechtspraak en de ontwikkeling van de jurisprudentie.

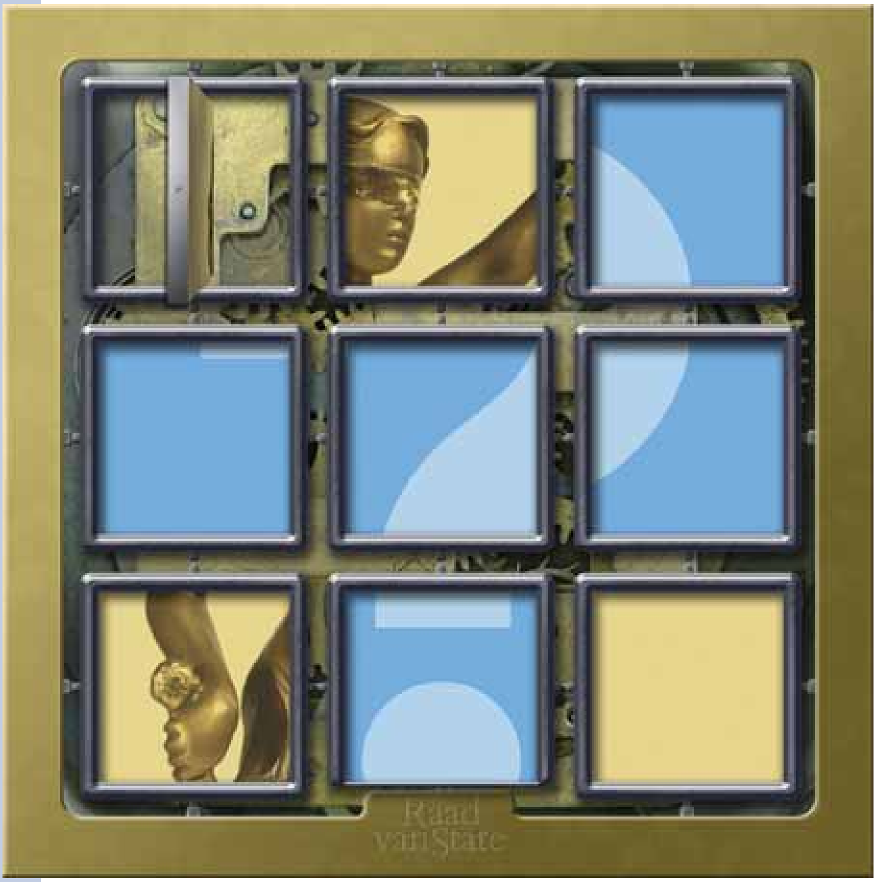
Het grote belang van (de kwaliteit van) de motivering vraagt van iedere rechter dat deze daarvoor speciale aandacht heeft. Dat begint bij het bestuderen en waar nodig laten aanvullen van het dossier, zet zich voort tijdens de zitting bij het luisteren naar de toelichting van standpunten en het eventueel vragen van nadere verduidelijking of informatie, en culmineert in raadkamer en bij de uiteindelijke vaststelling van de uitspraak. Het vraagt ook om speciale aandacht bij de organisatie van de werkzaamheden van de rechterlijke colleges, in de vorm van adequate ondersteuning, goede werkafspraken, de ontwikkeling van richtlijnen voor opzet en vormgeving van uitspraken, het creëren van vormen van intern en extern overleg en het bieden van ruimte voor interne en externe evaluaties.

Bij dit alles is van groot belang dat er overeenstemming bestaat over de aan de motivering te stellen eisen, ook afgewogen tegen andere kwaliteitseisen, zoals een beknopte uitspraak en beslissing binnen een redelijke termijn. Dit kan bijvoorbeeld vragen om differentiatie al naar gelang van de complexiteit van de feiten en het toepasselijke recht, of afhankelijk van de vraag of met de uitspraak een eerder ingezette, goed gemotiveerde lijn wordt voortgezet. Ter bevordering van die overeenstemming binnen de Afdeling bestuursrechtspraak is het initiatief genomen tot een onderzoek binnen haar Commissie bestuurs(proces)recht naar de verschillende aspecten van de motivering van de uitspraken van de Afdeling, de aan een kwalitatief goede motivering minimaal te stellen eisen en de daarbij eventueel te volgen modellen of richtlijnen. Ter voorbereiding van dat onderzoek is een uitvoerige, met vele voorbeelden toegelichte studie verricht door raadadviseur mr. dr. J.C.A. de Poorter en door mevrouw mr. dr. H.J.Th.M. van Roosmalen. Het resultaat van hun gedegen en vruchtbare onderzoek ligt thans voor u.

Hoewel de beide auteurs de eerder genoemde Commissie regelmatig als klankbodem hebben kunnen gebruiken voor de opzet en voortgang van hun onderzoek, komen de resultaten ervan geheel voor hun eigen rekening en geven deze niet noodzakelijkerwijze de zienswijze van de Commissie of van de Afdeling weer.

De Afdeling is de auteurs grote dank verschuldigd voor hun grote inzet bij het in kaart brengen van deze voor het werk van de Afdeling uitermate belangrijke problematiek, voor hun duidelijke uiteenzettingen en voor hun constructieve aanbevelingen.

P. van Dijk
Voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak



Deel I

Inleiding

Deel I Inleiding

1 Doelstelling

Motiveren is verantwoording afleggen van gemaakte keuzen en inzicht geven in argumenten die tot deze keuzen hebben geleid en in de wijze waarop de argumenten die partijen hebben aangedragen, zijn meegewogen.[1] Rechters hebben een plicht tot motiveren die grondt in de Grondwet en, indirect, het EVRM.[2] Voor het invullen van deze rechterlijke plicht stelt de wet geen inhoudelijke criteria.[3]

Het is aan de rechter invulling te geven aan de motiveringsplicht die op hem rust. De Hoge Raad heeft dit onder meer gedaan in zijn welbekende arrest *Vredo/Veenhuis*.[4] In de kern komt deze invulling er op neer dat elke rechterlijke beslissing door de motivering zowel voor partijen als voor derden controleerbaar en aanvaardbaar moet zijn; hoe ver de motiveringsplicht gaat, hangt af van de omstandigheden van het geval.

Anders dan de Hoge Raad heeft de Afdeling bestuursrechtspraak in haar rechtspraak tot nu toe niet expliciet aangegeven hoe zij de motiveringsplicht definieert die op de bestuursrechter rust, haarzelf als rechter in eerste en enige aanleg en als

1 Zie onder meer Raad van State 2006, p. 95.

2 Zie artikel 121 Grondwet, mits men het begrip 'vonnissen' in dit artikel breed uit wil leggen; de parlementaire geschiedenis van de Grondwet biedt daar al aanknopingspunten voor. Zie *Kamerstukken II* 1979-1980, 16 162, nrs. 3-4, p. 22-23. Artikel 6 EVRM kent weliswaar geen uitdrukkelijke motiveringsplicht, maar deze plicht moet wel worden ingelezen in de eis van 'fair hearing'. Zie onder meer EHRM 9 december 1994, nr. 18390/91 *(Ruiz Torija v. Spain)*, EHRM 19 december 1997, nr. 157/1996/776/977 *(Helle v. Finland)* en EHRM 21 januari 1999, nr. 30544/96 *(García Ruiz v. Spain)*.

3 De motiveringsplicht komt als zodanig voor noch in de Algemene wet bestuursrecht, noch in de Wet op de Raad van State. Artikel 8:70, eerste lid, aanhef en onder b, van de Awb bepaalt wel dat de schriftelijke uitspraak de gronden van de beslissing vermeldt en werkt de motiveringsplicht in het tweede lid verder uit voor het geval de uitspraak strekt tot gegrondverklaring. Zie ook artikel 8:67, tweede lid, van de Awb (mondelinge uitspraak) en artikel 36, eerste lid, van de Wet op de RvS (beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak). Maar ook waar het gaat om artikel 121 Gw en artikel 6 EVRM lijkt de motiveringseis slechts te zien op een motiverings*plicht*, dat wil zeggen op het *geven* van een motivering en niet op de begrijpelijkheid of deugdelijkheid ervan. De Afdeling legt artikel 6 van het EVRM zo uit dat dit artikel niet dwingt tot een gedetailleerde behandeling van elk argument dat wordt aangevoerd, zie ABRvS 27 juli 2005, nr. 200408500/1 en 200500176/1 (Leerdam), *LJN:* AU0104.

4 HR 4 juni 1993, *NJ* 1994, 659 (Vredo/Veenhuis). Zie ook Asser/Vranken 1995 (Algemeen Deel), p. 142

appelrechter incluis. In de rechtspraak van de Afdeling komt het motiveringsbeginsel als toetsingsnorm voor rechterlijke uitspraken nauwelijks aan de orde. Dit is anders voor de motivering van bestuursbesluiten. De jurisprudentie is rijkgeschakeerd waar het gaat om eisen te stellen aan de bestuurlijke motiveringsplicht. Daarmee raken we aan wezenlijke punten. De Afdeling bestuursrechtspraak is het bestuur niet. Dit werkt door in de wijze van motiveren. Zoals het rapport *Opzet en vormgeving van uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak* benadrukt,[5] bestaat tussen bestuur en rechter een taakverdeling waarbij met de formulering van uitspraken rekening behoort te worden gehouden.[6] Ook is de Afdeling de Hoge Raad niet. Zij is geen cassatierechter maar feitenrechter, recht sprekend in eerste en enige instantie of in hoger beroep. Zelfs in hoger beroep, wanneer ze primair oordeelt over de uitspraak van de rechtbank, spitst het geschil zich toch vaak toe op het feitelijke strijdpunt dat partijen verdeeld houdt, binnen de bandbreedte van een bestuursbesluit. Dit neemt niet weg dat rechtsvorming en rechtsontwikkeling thema's zijn die de Afdeling als hoogste bestuursrechter bezighouden. Wanneer de Afdeling nu verder in kaart wil brengen hoe zij wil motiveren, zou zij de elementen die de Hoge Raad geeft ter invulling van de rechterlijke motiveringsplicht als uitgangspunt kunnen nemen. Ze gelden immers voor 'elke rechterlijke beslissing'. Bij dit onderzoek wordt echter rekening gehouden met de aard en de verschillende vormen van bestuursrechtspraak waarmee de Afdeling is belast.

Dat ook de motivering van de uitspraken van de Afdeling volle aandacht verdient, is al benadrukt in de jaarverslagen van de Raad van State over 2007 en 2008. Het is een verplichting die de Afdeling heeft jegens zichzelf, de rechtzoekenden, de andere bestuursrechters en de buitenwacht. De behoefte blijkt onder meer uit annotaties bij uitspraken van de Afdeling. Ook het recent uitgevoerde klantwaarderingsonderzoek biedt aanknopingspunten voor de opvatting dat er een brede wens leeft naar een duidelijke(re) motivering.[7]

Dit onderzoek heeft tot doel de motiveringsplicht van de Afdeling nader te onderzoeken en te komen tot concrete aanbevelingen voor de praktijk. Daarbij valt de nadruk op rechtsvormende uitspraken. De druk op de Afdeling als

5 Dit rapport dient uitsluitend voor intern gebruik binnen de Afdeling.

6 Raad van State, *Opzet en vormgeving van uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak* (rapport, aanwijzing 60), Den Haag 2007, p. 49.

7 W. Werkman en E. Westra, *Het rechterlijke functioneren van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 2007* (niet openbaar), Amsterdam: Ergo 2008.

hoogste bestuursrechter wordt namelijk juist pregnant wanneer zij een rechtsvormende keuze maakt. Dit onderzoeksrapport en de aanbevelingen die uit dit onderzoek voortkomen, zijn een vervolg op het al genoemde rapport *Opzet en vormgeving van uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak*. Dat rapport bevat basiseisen voor een goede motivering; dit rapport gaat op zoek naar differentiatie van de motiveringsplicht, naar aanwijzingen voor en invulling van een verzwaarde motiveringsplicht.

2 Motiveren

2.1 Begripsbepaling: verantwoording afleggen

In dit onderzoeksrapport verstaan we onder motiveren het verantwoorden door de rechter van zijn beslissing in een concreet geschil en, in voorkomende gevallen, van de daarin gemaakte rechtsvormende keuze. Uitgangspunt is dat de overwegingen inzicht moeten geven in de gedachtegang die tot de beslissing leidt.[8] Ofschoon in een uitspraak de gevolgde redenering zich dient te beperken tot de daartoe noodzakelijke stappen, en geen plaats is voor theoretische beschouwingen, kan in voorkomende gevallen een uitgebreidere motivering nodig zijn voor de rechtsontwikkeling.[9] In dit onderzoeksrapport diepen wij vooral dit laatste punt uit.

2.2 Functies van motivering: kwaliteit, informatie en legitimatie en rechtsontwikkeling

Motivering kan men drie functies toedichten. Het gaat in de eerste plaats om de *bevordering van de kwaliteit* van de rechterlijke oordeelsvorming. Wie verplicht is een beslissing te motiveren, moet zich al bij het nemen van de beslissing bewust zijn van de kwaliteit van de verschillende argumenten waarop de beslissing gebaseerd kan worden. Motivering is in die zin ook een vorm van zelfcontrole.[10]

In de tweede plaats kan de functie van *informatie* over en *legitimatie* van de beslissing worden genoemd. De informatiefunctie heeft als het ware twee dimensies: de motivering moet aanknopingspunten bieden enerzijds voor de controle van de

8 Zie Raad van State, *Opzet en vormgeving van uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak* (rapport, aanwijzing 62.1), Den Haag 2007, p. 49.

9 Zie Raad van State, *Opzet en vormgeving van uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak* (rapport, aanwijzingen 62.2, 63 en 64.3), Den Haag 2007, p. 49-50.

10 Zie Martens 1993, 136.

juistheid van de beslissing, en anderzijds voor de verdediging tegen die beslissing bij het instellen van een rechtsmiddel. In een veellagige rechtsorde is deze functie ook voor de Afdeling als hoogste bestuursrechter van betekenis. Daarnaast heeft de motivering een legitimerende functie; legitimerend naar betrokken partijen, maar ook meer in het algemeen naar de gehele rechtsgemeenschap. Deze functie komt een zwaarder gewicht toe naarmate de rechter meer autonomie tentoon spreidt bij het proces van rechtsvinding ter beslechting van het hem voorgelegde geschil.[11] Zoals Wiarda opmerkt, is het proces van rechtsvinding niet te duiden als een volstrekt heteronome activiteit van een geheel geautomiseerde toepasser, als spreekbuis, van de precieze wet. Weinigen zullen tegenwoordig nog geloven dat deze typering in alle opzichten het rechterlijke werk dekt. Naast precieze wettelijke bepalingen moet de rechter ook minder precieze bepalingen toepassen, waardoor de rechter niet alleen de spreekbuis, maar ook de vertolker van de wet is. Het proces van rechtsvinding kent zowel heteronome als autonome elementen; de mate waarin verschilt per zaak. Het vinden van het recht impliceert daardoor niet zelden ook een rechterlijk creatief moment. Het is hier dat wij raken aan wat zou kunnen worden genoemd: het proces van rechtsvorming.[12]

Ten slotte kan aan de motiveringsplicht een functie worden toegekend in het kader van de *rechtsvorming* en *rechtsontwikkeling*. Uit de motivering van de beslissing kan de betekenis ervan voor andere gevallen blijken. Ook dit is een functie die (vooral) voor de gemeenschap van rechtsgenoten van belang is. Het is met name vanuit deze functie dat wij de motivering van uitspraken door de Afdeling bestuursrechtspraak nader tegen het licht zullen houden.

2.3 Lezers, meelezers en adressanten

Bij het doordenken van de motiveringsplicht is het zaak voor ogen te houden wie de motivering van rechterlijke beslissingen zoal lezen. Vervolgens komt de vraag aan de orde of die lezers ook als adressanten moeten worden aangemerkt in de zin van personen die de Afdeling op het netvlies of in het achterhoofd zou moeten houden bij het doen van haar uitspraken.

Vanzelfsprekend lezen procespartijen de uitspraak met de daarin vervatte beslissing met motivering: het bestuursorgaan en de belanghebbende(n). Zij zijn zonder meer ook adressanten. Vooral de tweede functie van motivering,

11 Zie Wiarda/Koopmans 1999, p. 13-15.

12 Zie § 3 hierna.

informatie en legitimatie, heeft op hen betrekking. Naast de partijen-lezers is er echter een aantal mogelijke meelezers van wie het adressantschap niet zonder meer vaststaat.

De kring van lezers kan worden uitgebreid door niet-rechtstreeks belanghebbenden daarbij te betrekken, bijvoorbeeld hen die in de bestuurlijke fase van rechtsbescherming bij het geschil betrokken waren, zoals leden van bezwaarschriftencommissies en anderen binnen de rechtspersoon waarvan het besluitnemend bestuursorgaan deel uitmaakt. Ook buiten deze rechtspersoon kunnen bestuursorganen en hun ambtelijke ondersteuning meelezen. Hetzelfde geldt voor de rechtswetenschap, de advocatuur en andere rechtshulpverleners. De kring van lezers wordt verder uitgebreid wanneer de uitspraak de aandacht trekt van regering en parlement. Zij allen kunnen van mogelijke meelezers worden tot adressanten, wanneer men naast de legitimerende functie van motivering ook de derde functie, het leveren van een bijdrage aan rechtsvorming en rechtsontwikkeling, meeweegt. Vanzelfsprekend is dit niet aan de orde in alle zaken waarin de Afdeling recht spreekt. Het speelt alleen wanneer zij rechtsvormende keuzen maakt.

Andere meelezers zijn collegae-rechters. Hun meelezerschap raakt zowel aan de eerste als de tweede functie van motivering, bevordering van de kwaliteit van het rechterlijk oordeel en de legitimiteit, als aan de derde functie, het leveren van een bijdrage aan rechtsvorming en rechtsontwikkeling. Deze categorie is divers samengesteld. In de eerste plaats valt te denken aan de rechter(s) in eerste aanleg. Hij is meer lezer dan meelezer. In de tweede plaats zullen andere rechtbanken dan die optrad in eerste aanleg nota nemen van de uitspraak. In de derde plaats kan men denken aan andere hoogste bestuursrechters en aan de Hoge Raad als cassatierechter. In de vierde plaats kan het voorkomen dat de uitspraak onderwerp wordt van een verzoekschrift bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.

Samen vormen de meelezers de buitenwacht, hierna ook wel genoemd het juridisch forum. De vraag rijst of en wanneer deze meelezers ook allemaal als adressanten moeten worden aangemerkt waarmee de Afdeling rekening moet houden bij het motiveren van haar uitspraken. Wij betrekken de stelling dat de buitenwacht weliswaar niet op het netvlies, maar wel op de achtergrond een plaats verdient bij het motiveren van uitspraken waarin de Afdeling een rechtsvormende keuze maakt.

3 Rechtsvorming

3.1 Begripsbepaling: betekenis voor volgende gevallen

Het proces van rechtsvinding door de rechter valt uiteen in drie fasen: het vaststellen van de feiten, het vaststellen van het juridisch kader en de confrontatie van de feiten met de normen die op het geschil van toepassing zijn.[13] Onder rechtsvinding verstaan we, met andere woorden, alles wat de rechter doet ter beslechting van het hem voorgelegde geschil. Daarbij laten we in het midden of de rechter iets nieuws toevoegt dan wel ontdekt wat al bestaat.[14] Als de rechter iets nieuws toevoegt, vertoont het proces van rechtsvinding ook elementen van rechtsvorming. De uitspraak heeft dan niet slechts betekenis voor het onderhavige geschil, maar ook voor andere geschillen. Over de precieze betekenis van rechtsvorming in een bestuursrechterlijke context komen we hierna te spreken.

3.2 De bestuursrechterlijke context

Bestuursrechterlijke rechtsvorming vindt in beginsel steeds plaats via de band van een bestuursbesluit. Anders dan de civiele rechter stelt de bestuursrechter de rechtsbetrekking tussen partijen in de regel niet zelf bindend vast. Het is in beginsel het bestuursbesluit dat de rechtsverhouding tussen partijen vaststelt. De rechter beoordeelt de rechtmatigheid van dit besluit, wanneer zijn oordeel daarover wordt gevraagd. Slechts in bijzondere omstandigheden kan de rechter na een vernietiging van dit besluit zelf de rechtsbetrekking tussen partijen bindend vaststellen, namelijk wanneer er aanleiding is en ruimte bestaat om de zaak finaal af te doen.

Is rechtsvorming door de rechter naar zijn aard anders in het bestuursrecht dan bijvoorbeeld in het civiele recht? Als we onder rechtsvorming door de rechter verstaan het nader tot ontwikkeling brengen van het juridisch (toetsings)kader dat de rechtsbetrekking tussen partijen normeert, dan doet de bestuursrechter niet veel anders dan de burgerlijke rechter. Dat het gevolg van die toetsing door de bestuursrechter veelal niet het bindend vaststellen van de rechtsbetrekking tussen partijen is, doet daaraan op zichzelf niet af. De omstandigheid dat het bestuursorgaan als eerste aan zet is bij de uitleg van de rechtsnormen die de rechtsverhouding tussen partijen normeren, blijft echter niet geheel zonder gevolgen. Het gegeven dat het bestuursorgaan bij het nemen van het bestuursbesluit enige

13 Zie Hirsch Ballin 1988, p. 297.

14 Vgl. Polak 1989, p. 60.

beslissingsruimte is toegekend,[15] heeft uiteindelijk zijn weerslag op de rechtsvormende taak van de bestuursrechter, zij het in beperkte mate.

In geval van beoordelingsvrijheid is het bestuursorgaan als eerste aan zet bij de uitleg van de wettelijke (vage) norm. Het bestuur heeft daarbij een bepaalde mate van vrijheid. De rechter heeft deze vrijheid in zekere zin te respecteren bij de toetsing van het bestreden besluit aan deze bevoegdheidsbepaling. Neem de in artikel 8.10, eerste lid, Wm vervatte term 'in het belang van de bescherming van het milieu'. De rechter heeft bij uitstek een taak bij het definiëren van het juridisch kader. Dat wil zeggen dat hij bij het interpreteren van de norm op zichzelf geen terughoudendheid behoeft te betrachten. De interpretatie van de norm door het bestuur moet de rechter volledig toetsen, omdat buiten kijf staat dat de uitleg van de wet een onderdeel vormt van de toetsingstaak van de rechter. Enige mate van terughoudendheid is evenwel aangewezen waar het gaat om de confrontatie van de feiten met de normen die op het geschil van toepassing zijn. De beoordelingsvrijheid is gelegen in beantwoording van de vraag of in een concreet geval de door de aanvrager van een milieuvergunning te veroorzaken overlast strijd oplevert met het belang van de bescherming van het milieu. Daar toetst de rechter terughoudend. Dat heeft consequenties voor de rechtsvorming door de rechter: die deelt in dat opzicht in de terughoudendheid van de toetsing. Dat neemt niet weg dat waar het gaat om het tot ontwikkeling brengen van het juridisch toetsingskader - dat wil zeggen: het handen en voeten geven aan de vage norm, bijvoorbeeld in het licht van de wetsgeschiedenis, de systematiek van de wet en dergelijke - ten volle sprake is van rechtsvorming.

In geval van beleidsvrijheid ligt het in zoverre anders, dat voor de rechterlijke toetsing geen aanknopingspunt in de wettelijke norm (lees: de bevoegdheidsbepaling) is gelegen. Dat wil niet zeggen dat het bestuurorgaan in een juridisch vacuüm opereert. Het is bij de uitoefening van de bestuurbevoegdheid gebonden aan onder meer de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Bij het vormen van zijn rechtmatigheidsoordeel zal de rechter wel toetsen aan deze juridische buitengrenzen van de uitoefening van de discretionaire bevoegdheid door het bestuurorgaan. Deze toetsing impliceert dat aan het bestuurorgaan de nodige beslissingsruimte wordt gelaten. In beginsel is sprake van een volle toets waar de buitengrenzen van de bevoegdheidsuitoefening in beeld komen. Dat is slechts anders waar deze toets de inhoud van de belangenafweging raakt: daar ontstaat

15 Lees: beoordelingsruimte met het karakter van beoordelingsvrijheid dan wel beleidsvrijheid, ook wel subjectieve beoordelingsruimte genoemd.

een verschil tussen de gedragsnorm die het bestuursorgaan bindt en de rechterlijke toetsingsnorm. Waar het bestuursorgaan heeft te beslissen over wat als redelijke uitkomst van de belangenafweging heeft te gelden, daar heeft de rechtbank zich te beperken tot de vraag of sprake is van een zodanige onevenwichtigheid van de afweging van de betrokken belangen, dat moet worden geoordeeld dat het bestuursorgaan niet in redelijkheid tot de verlening van de gevraagde vrijstelling heeft kunnen komen.[16] ,Waar de rechter het rechterlijk toetsingskader nader tot ontwikkeling brengt, gaat hij rechtsvormend te werk. Samenvattend willen wij stellen dat bij beleidsvrijheid slechts beperkt ruimte is voor rechterlijke rechtsvorming. Hier geldt te meer dat de mate van rechtsvorming deelt in het discretionaire karakter van de bestuursbevoegdheid. Iets anders is dat de rechter zich soms voor de prealabele vraag gesteld ziet óf er sprake is van een discretionaire bevoegdheid. De beantwoording van die vraag heeft eveneens rechtsvormende waarde. Zo heeft de Afdeling bestuursrechtspraak aan rechtsvorming gedaan waar zij de bevoegdheid tot handhaving in diverse wettelijke regelingen heeft opgevat als een beginselplicht en daarmee het veronderstelde discretionaire karakter van de bevoegdheid (er is sprake van een 'kan'-bepaling) verregaand heeft beperkt.[17]

3.3 Verschijningsvormen van rechtsvorming

Vervolgens rijst de vraag wanneer een uitspraak betekenis heeft voor andere gevallen. De rechter is niet alleen spreekbuis van de wet, maar steeds ook vertolker. De rechter interpreteert de wet in het licht van de feiten die aan hem zijn voorgelegd en juist in die confrontatie van recht en feit schuilt altijd een, om met Wiarda te spreken, min of meer autonoom (zo men wil: creatief) rechterlijk element.[18] Dit autonome, creatieve element zal in bepaalde gevallen prominenter aanwezig zijn dan in andere.

3.3.1 Een rechtsnorm toepassen

Het minst prominent is het autonome element aanwezig, wanneer alle argumenten bij de uitleg van een bestaande rechtsnorm in één richting wijzen. Groenewegen noemt als voorbeeld de uitleg van de term 'degene' van de omschrijving van het begrip belanghebbende in artikel 1:2 Awb door de Afdeling bestuursrechtspraak[19] in een geval waarin de vraag rees of ook een vennootschap onder

16 AB 9 mei 1996, *AB* 1997, 93 (Maxis & Praxis/B&W Venlo).

17 Zie bijvoorbeeld ABRvS 30 juni 2004, nr. 200307335/1 (Dalfsen), *BR* 2004, 1033.

18 Wiarda/Koopmans 1999, p. 13.

19 ABRvS 13 mei 1996, *AB* 1996, 312, m.nt. FM.

firma – die noch natuurlijke persoon noch een rechtspersoon is – als belanghebbende kan worden beschouwd.[20] Zowel de grammaticale interpretatiemethode als de wetshistorische interpretatiemethode leiden tot de conclusie dat deze als een entiteit kan worden beschouwd die onder omstandigheden belanghebbende kan zijn in de zin van artikel 1:2 Awb.

We zouden in dit geval wellicht kunnen zeggen dat de rechter in concreto ontdekt wat reeds bestaat en dus niet werkelijk iets nieuws toevoegt. Het ligt derhalve niet erg voor de hand om te spreken van het vormen van 'nieuw' recht in de gevallen waarin de verschillende voor handen zijnde interpretatiemethoden alle in dezelfde oplossingsrichting wijzen. Minder prominent is het autonome element ook bij uitgekristalliseerde jurisprudentie, al kan de uitspraak ook dan een rechtsvormende keuze impliceren, bijvoorbeeld wanneer de lijn onder druk staat. Het is alleen wanneer een dergelijke bijzonderheid zich voordoet, dat het toepassen van een rechtsnorm in de concreet voorliggende zaak een zelfstandig betekenis heeft voor andere gevallen en daarmee een rechtsvormend element in zich heeft.

3.3.2 Een rechtsnorm uitleggen

Prominent is het autonome element wel aanwezig, wanneer niet alle methoden van rechtsvinding in dezelfde richting wijzen. Ook hier biedt Groenewegen een mooi voorbeeld, ontleend aan een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak waarin de vraag aan de orde was of het duurzaam in het water plaatsen van met gevaarlijke stoffen geïmpregneerde beschoeiingpalen een verboden vorm van lozen is.[21] Een grammaticale interpretatie van de van toepassing zijnde norm zou tot een ontkennende beantwoording leiden van de vraag of dit een lozing is in de zin van de Wet verontreiniging oppervlaktewater. Een wetshistorische en meer systematische methode daarentegen duidde erop dat het plaatsen van de palen wel als lozing gekwalificeerd diende te worden. De interpretatiemethoden wezen derhalve niet alle in dezelfde richting. De rechter moest een keuze maken tussen de verschillende mogelijke interpretaties.

3.3.3 Op zoek naar de rechtsnorm waar die niet direct voorhanden is

Het meest prominent is het autonome element aanwezig, wanneer een op het concrete geval toe te passen rechtsnorm niet direct (in de zin van: onmiddellijk) voorhanden is, zodat de rechter actief naar een rechtsregel op zoek dient te gaan.

20 Zie Groenewegen 2006, p. 93.

21 ABRvS 20 april 1994, *AB* 1994, 679 m.nt. ThGD. Zie Groenewegen 2007, p. 93

Om die reden zien wij deze categorie, waar niet veel over bekend is, op voorhand als een situatie die mogelijk om een verzwaarde motiveringsplicht vraagt. Dit is een andere situatie dan de in § 3.2.2 beschreven gevallen, waarin een nieuwe rechtsvraag wordt opgeworpen ten aanzien van de uitleg van een bestaande rechtsnorm waarbij een of meerdere interpretaties mogelijk zijn.

3.3.4 Samenvatting

We zijn in het onderzoek uitgegaan van de volgende verschijningsvormen van rechtsvorming: een rechtsnorm toepassen waarbij een bepaalde bijzonderheid speelt, een rechtsnorm uitleggen waarbij meerdere interpretaties mogelijk zijn of waarbij een nieuwe rechtsvraag opkomt en het gestalte geven aan de rechtsnorm. Samenvattend kunnen we stellen dat de rechter bij rechtsvorming niet slechts ontdekt wat reeds bestaat, maar in voorkomende gevallen daadwerkelijk iets nieuws toevoegt; daarin schuilt de betekenis voor andere gevallen. Dit is het sterkst wanneer methoden van interpretatie in verschillende richtingen wijzen en vooral in gevallen waarin de rechter op zoek gaat naar de van toepassing zijnde rechtsnorm.

4 Probleemstelling

Gelet op de functies van motivering (§ 2.2) en de betrokkenheid van procespartijen en de buitenwacht (§ 2.3), verdient motivering bij rechtsvorming speciale aandacht. De hypothese luidt dat dit rechtsvormend element een verzwaring van de al bestaande motiveringsplicht meebrengt. Dit neemt niet weg dat een kernachtige, bondige motivering in vele gevallen zal volstaan. Motiveren vraagt om differentiëren. Het gaat erom meer grip te krijgen op de situaties waarin zwaardere eisen mogen worden gesteld aan de motivering. Deze gevallen stemmen niet zonder meer overeen met wat partijen en de buitenwacht verwachten. Daarnaast moet duidelijk worden wat die eisen dan behelzen. Ook is van belang meer vat te krijgen op de redenen waarom de praktijk niet steeds overeenstemt met wat als wenselijk mag worden beschouwd. Dit onderzoek stelt de volgende drie vragen aan de orde:

1. In welke gevallen is een verzwaarde motiveringsplicht aangewezen?
2. Hoe zou een verzwaarde motiveringsplicht eruit kunnen en moeten zien?
3. Welke bijkomende factoren bemoeilijken het geven van invulling aan een verzwaarde motiveringsplicht?

5 Plan van aanpak

Ter beantwoording van deze vragen hebben we een jurisprudentieonderzoek uitgevoerd. De parameters voor dit onderzoeksmodel zetten wij in het hiernavolgend **deel II** *Onderzoeksmodel* uiteen. Voor de vraag hoe een verzwaarde motiveringsplicht eruit kan zien, maken we gebruik van de facetten van rechterlijke uitspraken die we aanduiden als de breedte en diepte van uitspraken (§ 6). Ter bepaling van de situaties die zwaardere eisen stellen aan de motivering, hebben we aansluiting gevonden bij het concept van differentiatiefactoren (§ 7). De bijkomende factoren die bepalen of een zwaardere motivering moet worden gegeven, worden geïntroduceerd in een volgende paragraaf (§ 8). Ter afsluiting van dit deel schetsen wij het voor het jurisprudentieonderzoek gebruikte analytisch kader en de wijze van selectie van de bestudeerde uitspraken (§ 9).

In **deel III** *Over differentiatie, of wanneer een verzwaarde motiveringsplicht is aangewezen* volgen een beschrijving en analyse van de uitkomsten van het jurisprudentieonderzoek met betrekking tot de vraag welke situaties aanleiding geven tot het aannemen van een verzwaarde motiveringsplicht: de grenzen aan de rechtsvormende taak (§ 10), de procesrechtelijke context (§ 11), de relatie tot de eigen rechtspraak (§ 12), in appel: de relatie tot de rechtspraak van de rechtbanken (§ 13), de relatie tot de rechtspraak van de andere (meest: hoogste) rechters (§ 14) en de aard van het recht (§ 15).

In **deel IV** *Hoe een verzwaarde motiveringsplicht eruit kan zien* gaan we in op de vraag hoe een verzwaarde motiveringsplicht eruit ziet: hoe rechtsvorming de motivering kleurt (§ 16) en wanneer differentiatiefactoren de motivering verzwaren (§ 17). Rechterlijk overgangsrecht vindt bespreking in § 18.

Deel V schetst de problematiek van *Bijkomende factoren die in de praktijk een hindernis vormen voor de motivering.* We gaan allereerst in op de buitengrenzen van de rechtsvormende mogelijkheden van de rechter (§ 19). Vervolgens geven we de hindernissen voor een richtinggevende, brede uitspraak aan (§ 20), ter onderscheiding van factoren die doen afzien van een voldoende diepe argumentatie (§ 21). In § 22 staan we stil bij de verhouding tussen differentiatie- en bijkomende factoren.

Deel VI *Conclusies* bevat de belangrijkste uitkomsten van ons onderzoek en geeft enige aanbevelingen.



Deel II

Onderzoeksmodel

Deel II **Onderzoeksmodel**

6 Breedte en diepte

6.1 Inspiratie en vertaalslag

Ter beantwoording van de vraag hoe een (verzwaarde) motiveringsplicht eruit zou kunnen zien, hebben we inspiratie geput uit het werk van de Amerikaanse jurist Cas Sunstein. In zijn boek *One case at a time* beschrijft Sunstein *'the width and depth of judicial decisions'*.[22] De breedte van de uitspraak en de diepte van de motivering samen bepalen of een uitspraak minimalistisch (smal & ondiep) dan wel maximalistisch (breed & diep) is. Het onderscheid tussen deze twee uitersten markeert een glijdende schaal; een uitspraak kan in beide dimensies meer of minder maximalistische trekken vertonen. In een minimalistische benadering poogt de rechter de breedte van zijn uitspraak beperkt te houden door het formuleren van algemene regels die ook gelding hebben in opvolgende gevallen, te vermijden, maar zich juist te richten op hetgeen noodzakelijk is om het voorliggende geschil te beslechten. De diepgang van de motivering kenmerkt zich door terughoudendheid.

De omstandigheid dat Sunstein schrijft over het Amerikaanse Supreme Court en dan over grotendeels constitutionele zaken, vormde geen bezwaar. Dat vormde het evenmin voor de Nederlandse Hoge Raad die in 2007 bij een interne conferentie over de kwaliteit van de rechtspleging met name in het licht van rechterlijke samenwerking, eveneens met verwijzing naar Sunstein, inging op de dimensies breedte (respectievelijk smalte) en diepte (respectievelijk ondiepte) van rechterlijke uitspraken, in het bijzonder op nut en noodzaak van bredere en diepere uitspraken.[23] Dit onderzoeksrapport wil zo goed mogelijk in beeld krijgen hoe een brede, diepgaande uitspraak er voor de Afdeling bestuursrechtspraak uitziet en uit zou kunnen zien. Daar schuilt de vertaalslag in. Wij trachten deze begrippen in te vullen voor de bestuursrechtspraak. Daarmee is beslist niet gezegd dat 'maximalistische' uitspraken per definitie te prefereren zijn. Wij gaan immers juist op zoek naar differentiatie. In een uniek geval zal een smalle uitspraak, die weinig aanknopingspunten biedt voor andere gevallen, als zodanig begrijpelijk zijn. Dat een zodanige keuze diep, in de zin van beargumenteerd, moet zijn, zal ook niemand betwisten.[24]

22 Sunstein 1999.

23 Loth e.a. 2007, p. 25.

24 Vgl. Raad van State, *Opzet en vormgeving van uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak* (rapport, aanwijzing 62.1), Den Haag 2007, p. 49.

Breedte en diepte vormen aanknopingspunten voor de beantwoording van de tweede onderzoeksvraag, maar we maken wel een vertaalslag van de Verenigde Staten naar Nederland, van het Supreme Court naar de Afdeling bestuursrechtspraak en van het constitutioneel recht naar het bestuursrecht. Rechtsvorming gaat over het maken van keuzen. Keuzevrijheid veronderstelt een zekere speelruimte voor de rechter, de mogelijkheid om de reikwijdte van zijn beslissing binnen zekere grenzen zelf te bepalen. De reikwijdte van zijn beslissing wordt bepaald door twee dimensies: de breedte en de diepte. We werken dit nu verder uit met de praktijk van de Afdeling voor ogen. Ter voorkoming van misverstanden: de gemaakte onderscheidingen geven een glijdende schaal weer. Breedte en diepte zijn immer een kwestie van gradatie.

6.2 Breedte: betekenis voor andere gevallen

Onder een brede uitspraak verstaan we een rechterlijke beslissing waarin in zekere mate een algemene regel wordt geformuleerd of aangehaald. De door de rechter gemaakte rechtsvormende keuze leent zich voor toepassing in andere, toekomstige gevallen. Het kan hier om een geheel nieuwe regel gaan. Wij menen echter dat een uitspraak ook breed is wanneer de Afdeling daarin een bepaalde lijn of richting in haar jurisprudentie tot uitdrukking brengt en de voorliggende rechterlijke beslissing daarin wordt ingepast.[25] In sommige gevallen kwalificeert de uitspraak als zeer breed. De uitspraak geeft niet alleen een algemene regel of vormt een bouwsteen voor een leerstuk. Maar ook zet de rechterlijke beslissing een leerstuk uit door de regel in zijn context te plaatsen op de wijze zoals we die kennen uit de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Tegenover brede uitspraken staan smalle, casuïstische uitspraken. Zij kenmerken zich doordat de daarin vervatte rechtsvormende keuze nadrukkelijk alleen voor de betreffende zaak is gemaakt. Dit blijkt duidelijk uit de gebruikte bewoordingen. Dit alles laat onverlet dat zich op de glijdende schaal tussen deze beide uitersten uitspraken bevinden waarbij de reikwijdte van de gemaakte rechtsvormende keuze onbekend is; deze is breed noch smal. Gelet op de gekozen bewoordingen is het onduidelijk of de regel specifiek is dan wel algemeen.

25 Dit is een iets andere insteek dan bij Sunstein en de Hoge Raad; daar is een uitspraak breed indien hij betekenis heeft voor een zo groot mogelijk aantal nieuwe gevallen. Ook als een uitspraak niet zelfstandig en exclusief betekenis heeft voor nieuwe gevallen, kan deze in dit onderzoeksrapport toch als breed gelden.

6.3 Diepte: zichtbaarheid van argumentatie

Bij de diepte van de motivering doelen we op de argumentatie die aan de rechtsvormende keuze ten grondslag ligt. Het gaat hier om het basisvereiste dat men aan de motivering van iedere rechterlijke uitspraak mag stellen. Is de motivering in voldoende mate logisch sluitend en steekhoudend, dan spreken we van een (voldoende) diepe, volledig beargumenteerde motivering. Als zeer diep bestempelen we de motivering die daarnaast inzicht geeft in de weging van argumenten en daarmee duidelijk maakt waarom een andere (eerder geprefereerde) mogelijkheid (thans) terzijde wordt gelaten. Deze wijze van motiveren heet ook wel discursief;[26] deze kenmerkt zich door confrontatie van argumenten. Ondiep of apodictisch, daarentegen, is de motivering die uitsluitend een mededeling behelst waarbij iedere argumentatie ontbreekt. Op de glijdende schaal tussen deze uitersten bevinden zich de uitspraken waarin de gemaakte rechtsvormende keuze slechts deels met redenen is omkleed. De lezer krijgt op de beweegredenen van de bestuursrechter niet volledig grip. De uitspraak noemen we dan diep noch ondiep.

7 Differentiatiefactoren

7.1 Inspiratie en vertaalslag

Wanneer we uitgaan van het principe dat motiveren vraagt om differentiëren, ligt het voor de hand ter beantwoording van de vraag in welke gevallen een verzwaarde motiveringsplicht aangewezen is, te rade gegaan bij het in het algemeen deel van de Asser-serie ontwikkelde concept van 'differentiatiefactoren'. Vranken schrijft daarin: *"Soms kan de rechter met enkele regels volstaan, andere keren moet hij uitgebreid en diepgaand motiveren. Waarvan hangt het af of hij het een kán dan wel het ander móet doen?"*[27] De omstandigheid dat dit citaat afkomstig is uit een handleiding tot beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, noodt wellicht tot het maken van een op de beoefening van het bestuursrecht toegesneden vertaalslag. In de eerste plaats is een overstap vereist van de Hoge Raad die belast is met cassatierechtspraak, naar de Afdeling bestuursrechtspraak die een andere rechtsprekende rol vervult: die van feitenrechter, hetzij in eerste en enige aanleg, hetzij in appel. In de tweede plaats stappen we van het burgerlijk (proces)recht naar het bestuurs(proces)recht. Op voorhand valt niet uit te sluiten dat ook op de

26 Zie ook Asser/Vranken 1995 (Algemeen Deel) 1995, p. 161.

27 Asser/Vranken 1995 (Algemeen Deel), p. 148.

verschillende deelterreinen van het bestuursrecht nog bijzonderheden gelden. Wij beperken ons echter tot variëteiten die Afdelingsbreed meetbaar zijn. Bovendien trachten we tegen de achtergrond van deze theorievorming op meer praktisch niveau tot aanbevelingen te komen. Dit alles heeft ons ertoe gebracht een eigen invulling te geven aan het begrip differentiatiefactoren.

7.2 Begripsbepaling: factoren die een verzwaring van de motiveringsplicht wenselijk maken

In dit onderzoek verstaan we onder differentiatiefactoren factoren die nopen tot verzwaring van de motiveringsplicht van de Afdeling bestuursrechtspraak. Kenmerkend voor differentiatiefactoren in dit onderzoeksrapport is allereerst dat ze algemeen zijn, dat wil zeggen dat zij de bijzondere delen van het bestuursgebied overstijgen en daarmee Afdelingsbreed betekenis hebben. Een tweede kenmerk is dat ze aanleiding kunnen geven om op enigerlei wijze de motiveringsplicht te verzwaren. Daarbij hanteren wij de term differentiatiefactoren derhalve in een normatieve betekenis in de zin dat de factoren een gewenste situatie weergeven. Dat die wenselijkheid in sommige omstandigheden niet wordt geëffectueerd doordat bijkomende factoren daaraan in de weg staan, wordt nader besproken in § 8. Ten derde zijn differentiatiefactoren steeds zelfstandig. Het feit dat de rechtswetenschap zich niet met een bepaalde lijn in de rechtspraak van de Afdeling verenigt, is geen factor die zelfstandig zwaardere eisen aan de motivering stelt. In combinatie met de stand van de eigen jurisprudentie van het moment, kan dit echter wel een factor van betekenis zijn, zij het accessoir.

In ons onderzoek onderscheidden wij een zestal differentiatiefactoren waarvan wij op voorhand aannamen dat zij verschil zouden kunnen maken: (1) grenzen aan de rechtsvormende taak, (2) procesrechtelijke context, (3) relatie tot de eigen rechtspraak, (4) relatie tot eerdere rechtspraak van andere colleges, en in appel (5) relatie tot de rechtspraak van de rechtbanken en (6) de aard van het recht waarop rechtzoekenden zich beroepen. In het licht van deze factoren hebben wij de jurisprudentie van de Afdeling bestudeerd. Wij volstaan hier met een korte aanduiding.

7.3 Grenzen aan de rechtsvormende taak

Staatsrechtelijke grenzen doemen op waar de rechter zich dreigt te begeven op het terrein van de democratisch gelegitimeerde wetgever of van het bestuur. Waar de rechter nog ruimte ziet voor een rechtsvormende keuze, kan het aangewezen zijn dat hij deze expliciteert. Immers, motivering legitimeert.[28] Dit geldt vooral

28 Zie § 2.2.

waar de rechter actief op zoek moet naar de van toepassing zijnde rechtsnorm omdat die niet direct voorhanden is.[29] Waar echter, gelet op de staatsrechtelijke grenzen, geen ruimte lijkt te bestaan voor een rechtsvormende keuze, kan explicitering ook verhelderend zijn. We werpen de vraag op of en in hoeverre de Afdeling, geroepen tot de uitoefening van haar rechtsvormende taak, dient te motiveren waarom zij al dan niet de uitdaging van de rechtsvorming aangaat en wanneer ze er goed aan doet dit te doen. Welk beeld geeft de praktijk?

7.4 Procesrechtelijke context

Procesrechtelijke grenzen worden bepaald door hetgeen partijen aanvoeren en de wijze waarop ze procederen. Het bestuursprocesrecht heeft zich ontwikkeld van een meer inquisitoir procesmodel naar een partijengeding met een meer geprononceerde rol voor partijen. Partijen bepalen de grenzen van de rechtsstrijd waarover de rechter een oordeel wordt gevraagd. Geschillen liggen door de proceskeuze van partijen feitelijk en/of juridisch veelal niet in volle omvang bij de rechter ter tafel, zodat de motivering van de uitkomst noodgedwongen deelt in deze begrenzing.[30]

Wij zijn op zoek gegaan naar de wijze waarop de procesrechtelijke context van invloed kan zijn op de betekenis van de uitspraak voor nieuwe gevallen (de breedte) en de zichtbaarheid van de argumentatie (de diepte). Daarbij denken we in de eerste plaats aan de betekenis van de keuze van procespartijen voor de motivering. Ook willen we aandacht besteden aan de aard van de toetsing, waaronder we verstaan toetsing naar aanleiding van voorgedragen beroepsgronden dan wel ambtshalve toetsing/beoordeling in geval van rechtsnormen van openbare orde. Daarnaast betrekken we bij het onderzoek het type procedure: hoofdprocedure dan wel voorlopige voorziening of verzet, eerste aanleg dan wel hoger beroep. Zo willen we bezien of het type procedure aanleiding geeft tot differentiatie van de motiveringsplicht, in de richting van verzwaring bij rechtsvormende keuzes.

29 Zie § 3.2.3.

30 Vgl. Asser/Vranken 1995 (Algemeen Deel), p. 151.

7.5 Relatie tot de eigen rechtspraak van de Afdeling

Een volgende mogelijke differentiatiefactor is de relatie van de uitspraak tot eerdere jurisprudentie van de Afdeling: bevestigt de Afdeling haar eigen rechtspraak, verandert zij de reikwijdte van haar eerdere rechtspraak[31] of komt ze terug van haar eigen rechtspraak?

7.5.1 Eerdere rechtspraak bevestigen (voortzetten of vasthouden)

Wanneer de Afdeling in een uitspraak eerdere rechtspraak bevestigt, lijkt er in beginsel minder behoefte te bestaan aan een zeer uitgebreide en diepgaande motivering. Zeker waar het gaat om recent gevestigde jurisprudentie, ligt het immers niet in de rede dat de rechter hier al na korte tijd van terugkomt. Maar wordt dit ook in de uitspraak naar voren gebracht? En in welke gevallen zal de rechter zijn beslissing om vast te houden aan reeds eerder gevestigde jurisprudentie toch uitvoeriger moeten motiveren? We besteden aandacht aan de situatie waarin deze vaste rechtspraak onder druk komt te staan, bijvoorbeeld wanneer de eigen nationale rechtspraak op gespannen voet is komen te staan met die van internationale colleges. Daarbij betrekken wij ook de invloed van kritische beschouwingen over de jurisprudentie in de literatuur. Het is niet voor niets dat we juist bij de differentiatiefactor 'bevestigen' oog hebben voor bijzonderheden, zoals kritiek vanuit de literatuur of een recente uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen of het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Het rechtsvormend karakter van uitspraken die eerdere eigen rechtspraak bevestigen, is immers niet zonder meer evident.[32]

7.5.2 De reikwijdte van de eerdere rechtspraak veranderen (doortrekken of nuanceren)

Wanneer een reeds eerder ingezette lijn wordt doorgetrokken naar aanverwante of samenhangende rechtsvragen, lijkt met een relatief korte motivering te kunnen worden volstaan. Maar we sluiten niet uit dat het doortrekken van die lijn lang niet altijd vanzelfsprekend behoeft te zijn en dat er gevallen zijn waarin een uitgebreidere en meer diepgaande motivering is vereist. Omgekeerd willen we ook de situatie bezien waarin een uitgezette jurisprudentielijn wordt genuanceerd. Het rapport *Opzet en vormgeving van uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak*

31 Wij zijn terughoudend met het gebruik van de term 'jurisprudentielijn'. Wanneer immers wordt een richting een lijn? Een lijn verbindt ten minste twee punten. Logischerwijs behoeft een jurisprudentielijn eveneens tenminste twee uitspraken. Soms echter is een uitspraak zo breed, dat we toch kunnen zeggen dat de Afdeling, als ze daarna in een andere uitspraak expliciet anders beslist, omgaat. Wij zeggen dan dat zij omgaat van haar eerdere rechtspraak.

32 Vgl. § 3.2.1.

bevat de aanwijzing dat een wijziging of nuancering van een jurisprudentielijn moet worden gemotiveerd. De vraag rijst of deze plicht nader kan worden ingekleurd.

7.5.3 Terugkomen van eerdere rechtspraak (afwijken of omgaan)

We kunnen ons voorstellen dat de zwaarte van de motiveringsplicht toeneemt, wanneer de Afdeling van bestaande jurisprudentie afwijkt door anders te beslissen. We vragen ons af wat de betekenis is van recent gevestigde of bevestigde jurisprudentie voor de wijze van motiveren. Wij realiseren ons daarbij dat 'terugkomen' verschillende gradaties kent; de Afdeling kan terugkomen van een duidelijke in meerdere uitspraken neergelegde lijn, van één enkele maar duidelijke uitspraak of van een uitspraak die mogelijk het karakter van een incident (meervoudig of misschien zelfs maar enkelvoudig) had. In het bijzonder denken we na over de vraag of en wanneer de argumentatie meer zou moeten behelzen dan dat de Afdeling toeredeneert naar de nieuwe rechtsregel en stellen ons de vraag of zij zich ook niet zou moeten uitlaten over de vraag waarom de voor die nieuwe lijn gegeven argumenten voor haar thans zwaarder wegen dan de argumenten die zij had om destijds voor de oude lijn te kiezen.

7.6 De relatie tot rechtspraak van andere colleges

Als volgende potentiële differentiatiefactor noemen we de relatie tussen de concrete voorliggende zaak en uitspraken van andere hoogste rechtscolleges. Wanneer de uitspraak voor de Afdeling een bepaald keuzemoment impliceert, dient zij zich rekenschap te geven van de jurisprudentie van andere rechtscolleges met name van andere hoogste rechters en vooral bij al lang divergerende jurisprudentie. Wanneer de Afdeling zich aansluit bij een lijn die reeds door een andere hoogste rechter is ingezet, zien we dat dan ook terug in de uitspraak? Heeft dat nut? Ook willen we bezien in hoeverre de behoefte aan een uitgebreidere en diepgaandere motivering toeneemt, wanneer de Afdeling een door andere colleges ingezette lijn niet zozeer overneemt, maar de reikwijdte daarvan nuanceert of de lijn zelfs zelf verlegt? Moet de motivering in dergelijke gevallen meer zijn dan het enkel opzetten van een eigen, afwijkende argumentatie? Verdient het aanbeveling de eigen argumentatie zo op te zetten dat daaruit expliciet blijkt dat de Afdeling zich rekenschap heeft gegeven van de argumentatie die door het andere college is gehanteerd? Wanneer is het nuttig te verwijzen naar de rechtspraak van andere colleges?

7.7 In appel: relatie tot de rechtspraak van de rechtbanken

Een volgende differentiatiefactor is – in hoger beroepzaken – de relatie van de uitspraak tot de uitspraak van de rechtbank in eerste aanleg.[33] Als de Afdeling in hoger beroep het oordeel van de rechtbank bevestigt, nemen we aan dat er in beginsel minder behoefte is aan een uitgebreide en diepgaande motivering, in ieder geval wanneer de rechtbank met zijn uitspraak een reeds eerder door de Afdeling ingezette lijn bevestigt. Maar wat nu wanneer de rechtbank in zijn uitspraak een bepaalde keuze maakt, die niet (zonder meer) volgt uit eerdere rechtspraak van de Afdeling? Dan heeft de Afdeling – ook als zij met de uitspraak van de rechtbank instemt – wellicht te rekenen met behoeften aan zekerheid en duidelijkheid van de rechtbank en meer in het algemeen van het juridisch forum. We willen verder onderzoeken hoever tegemoet kan en moet worden gekomen aan de wens voor een uitgebreide en diepgaande motivering wanneer de Afdeling tot een ander oordeel komt dan de rechtbank in eerste aanleg. Wanneer volstaat het opzetten van een eigen argumentatie die uiteindelijk uitmondt in het oordeel dat de uitspraak van de rechtbank dient te worden vernietigd? Wanneer is de Afdeling gehouden ook expliciet te reageren op de argumenten die de rechtbank tot een ander oordeel hebben gebracht? Wat is hier de rol van de controlefunctie van het hoger beroep? De Afdeling oordeelt immers niet primair over het bestreden besluit aan de hand van de in hoger beroep aangevoerde gronden, maar beoordeelt in het licht van die beroepsgronden de uitspraak van de rechtbank.

De differentiatiefactor 'relatie tot de rechtspraak van de rechtbanken' valt uiteen in een viertal deelfactoren. De eerste situatie die we onder de loep nemen, is die waarin de rechtbank eerdere rechtspraak van de Afdeling heeft gevolgd. We zullen uitspraken waarin de Afdeling de uitspraak van de rechtbank op dat punt bevestigt, onderscheiden van die waarin ze deze op dat punt vernietigt. De tweede situatie is de omgekeerde, namelijk dat de rechtbank de eerdere rechtspraak van de Afdeling niet volgt. Hier denken we aan verschillende varianten: de rechtbank kan gevestigde rechtspraak van de Afdeling, naar het toeschijnt, zomaar links hebben laten liggen, uitdrukkelijk de rechtspraak van de Afdeling niet hebben gevolgd of in plaats van de Afdeling een andere hoogste rechter hebben gevolgd. Daarna onderscheiden we de situatie waarin de rechtbank uitspraak heeft gedaan zonder dat duidelijk enig verband blijkt met rechtspraak van de Afdeling. Afsluitend noemen we de gevallen waarin een kwestie van rechtsvorming niet

33 Vgl. EHRM 22 februari 2007, nr. 1509/02 *(Tatishvili v. Russia), AB* 2007, 324 en EHRM 27 september 2001, nr. 49684/99 *(Hirvisaari v. Finland), NJCM-Bulletin* 2002, p. 291-298 m.nt. R.J.N. Schlössels.

alleen aan de orde is in het onderhavige geschil, maar zich ook heeft voorgedaan bij andere rechtbanken, die al dan niet tot divergerende beslissingen zijn gekomen.

7.8 Aard van het recht waarop rechtzoekenden zich beroepen

Als laatste mogelijke differentiatiefactor noemen we de aard van het recht dat in geding is.[34] Daarbij denken we in het bijzonder aan het aantasten of ontnemen van rechten die de primaire levensbehoeften betreffen, zoals lichamelijke en geestelijke integriteit, wonen, werken en inkomen, maar ook aan de andere grondrechten en mensenrechten. We kunnen ons voorstellen dat in bepaalde omstandigheden met het oog daarop zwaardere eisen aan de motivering kunnen en zelfs moeten worden gesteld. De vraag rijst of we meer grip kunnen krijgen op deze materie.

8 Bijkomende factoren

8.1 Begripsbepaling: factoren die realisering van de gewenste zwaarte van motivering kunnen belemmeren

Afzonderlijke aandacht schenken wij aan factoren waarvan we vermoeden dat ze de gewenste differentiatiegraad kunnen belemmeren. De aanwezigheid van een bepaalde differentiatiefactor leidt naar onze indruk niet immer tot een daarmee corresponderende brede en/of diepe motivering. Anders gezegd: waar een verzwaarde motiveringsplicht aangewezen is, wordt deze niet altijd gerealiseerd. Dat betekent dat de differentiatiefactoren niet het eindpunt van onze redenering kunnen zijn. We veronderstellen dat daarvoor redenen bestaan. Als onze indruk juist is, wijst dit op het bestaan van andersoortige factoren die in een concreet geval mede de keuze voor een brede en/of diepe motivering bepalen. Wij willen deze benoemen, bespreekbaar maken en de discussie stimuleren over de vraag hoe deze factoren moeten wegen. We beseffen dat deze factoren veelsoortig van aard zijn, en dat zij niet alle binnen de invloedsfeer van de Afdeling vallen. Niettemin willen we ze lopende het onderzoek zoveel mogelijk op het spoor zien te komen. Want als de conclusies van dit onderzoek moeten leiden tot concrete aanbevelingen, handvatten voor de praktijk van de Afdeling, dienen ook zij daarbij in aanmerking te worden genomen.

34 Vgl. Asser/Vranken 1995 (Algemeen Deel), p. 149-150.

Wij zijn in het voorgaande reeds uitgegaan van de gedachte dat de rechter in bepaalde gevallen een zekere speelruimte heeft om de reikwijdte van zijn beslissingen binnen zekere grenzen zelf te bepalen. Bij het bepalen van die reikwijdte spelen primair de genoemde differentiatiefactoren een rol. Zij bepalen in beginsel of een (zeer) brede en/of zeer diepe uitspraak is aangewezen. Er zijn echter bepaalde factoren die - sommige meer dwingend dan andere - de buitengrenzen van dit speelveld van de rechter markeren en zijn mogelijkheden om de gewenste zwaarte gestand te doen, kunnen begrenzen. Het speelveld wordt verder ingekleurd door allerhande factoren. Zonder pretentie van volledigheid noemen wij enkele van deze factoren, waarbij wij op voorhand reeds willen benadrukken dat zij niet alle van gelijk gewicht zijn.

8.2 Staatsrechtelijke, procesrechtelijke en andere factoren die de keuzevrijheid van de rechter in intersubjectieve zin bepalen

Een eerste factor in bovengenoemde betekenis vormen staatsrechtelijke gezichtspunten over de verhouding tussen rechter, bestuur en wetgever.[35] Vertaald naar de context van de rechtspraak van de Afdeling gaat het om factoren als het primaat van de wetgever, de toereikendheid van het instrumentarium van de rechter in vergelijking met dat van de wetgever en de beschikbaarheid van voldoende informatie om recht te vormen.

Daarnaast zijn er ook procesrechtelijke gezichtspunten waarmee we hebben te rekenen. Het gaat dan niet zozeer om de proceskeuze van partijen in de zin van de aard van de ingebrachte argumentatie die op zichzelf doorwerkt in de zwaarte van de motivering. Eerder gaat het hier om de proceskeuze van partijen voor zover die van invloed is op de buitengrenzen van het geding. Dat wil zeggen om keuzen als gevolg waarvan de rechter van bepaalde gronden of feiten geen kennis mag nemen. De rechterlijke beslissing komt immers tot stand op basis van rechtsgronden ontleend aan hetgeen partijen aanvoeren. Beroepsgronden spelen door in de beslissing en laten de motivering niet ongemoeid.

Een andere factor die een rol kan spelen is de complexiteit van de voorliggende rechtsvraag. Wanneer de rechtsvraag complex is en er twijfel rijst bij de rechter

35 Wij menen dat dit is wat Sunstein (1999, p. 57) bedoelt wanneer hij als vierde en laatste voorwaarde voor het doen van een - in zijn termen - minimalistische uitspraak (die zich kenmerkt door smalte qua betekenis voor nieuwe gevallen en ondiepte qua zichtbaarheid van argumentatie) opmerkt: *"When the preconditions for democratic self-government are not at stake and democratic goals are not likely to be promoted by a rule-bound judgment."*

of hij de gevolgen van de rechterlijke rechtsregel voldoende kan overzien, zal hij eerder geneigd zijn een meer casuïstische uitspraak te doen.[36] Wij voegen daar aan toe dat bij het beantwoorden van de vraag of de rechter de gevolgen van een mogelijk te geven rechtsregel in voldoende mate kan overzien, ook bijkomende factoren een rol kunnen spelen, zoals tijd, menskracht en geld. Is men bereid enige vertraging in de afwikkeling van de zaak op de koop toe te nemen om een richtinggevende uitspraak te doen?

Een bijkomende factor is ook het vertrouwen dat het juridisch forum meer in het algemeen in de rechtspraak heeft. Dat zal de rechter niet willen schaden. Verder zijn er ook intercollegiale factoren te onderscheiden waarvan niet ondenkbaar is dat ze in de weg staan aan breedte en diepte van uitspraken. Te denken valt aan bepaalde intercollegiale omgangsvormen die een rol spelen, zoals de opstelling van de appelrechter ten opzichte van de rechter in eerste aanleg of van het ene in hoogste instantie oordelende college ten opzichte van het andere. Ook is voorstelbaar dat bepaalde opvattingen over een argument binnen raadkamer blijven.[37] Het politieke en institutionele krachtenveld waarin de rechter zijn werk doet, kan daarbij een rol spelen.

9 Analytisch kader en selectie

Ter beantwoording van de onderzoeksvragen hebben we voor de bestudering van de jurisprudentie een analytisch kader ontwikkeld dat op de volgende vijf punten opheldering wilde verkrijgen: de aanwezigheid van mogelijke differentiatiefactoren, de verschijningsvorm van rechtsvinding, de breedte van de uitspraak, de zichtbaarheid van de gekozen argumentatie of interpretatie en, daarop volgend, de diepte van de uitspraak. De analyse van iedere uitspraak ving aan met een staat van A tot en met E. Onder A werd beoordeeld of het een situatie betrof waarin een of meer mogelijke differentiatiefactoren speelden. Onder B volgde een kwalificatie van de verschijningsvorm van rechtsvorming: wás er sprake van rechtsvorming, ofwel hoe sterk was het autonome element? De breedte van de uitspraak kwam aan bod onder C. De zichtbaarheid van de argumentatie voor het maken van de rechtsvormende keuze werd beoordeeld onder D, waarna de staat onder E afsloot met een kenschets van de diepte van de betreffende uitspraak.

36 Ook deze factor wordt door Sunstein (1999, p. 57) onderkend.

37 Vgl. ook Martens 1993, p. 144.

Een staat van A tot en met E schematisch weergegeven:

A	Aanwezigheid van potentiële differentiatiefactoren (situaties die aanleiding kunnen geven tot een verzwaarde motiveringsplicht)	• grenzen van de rechtsvormende taak • procesrechtelijke context • relatie tot de eigen rechtspraak • relatie tot de rechtspraak andere colleges • relatie tot de rechtspraak van rechtbanken • aard van het recht
B	Verschijningsvorm van rechtsvorming (mate van autonomie)	• rechtsnorm toepassen (+ bijzonderheid) • rechtsnorm uitleggen • op zoek naar de rechtsnorm (waar die niet direct voorhanden is)
C	Breedte (betekenis van de uitspraak en de daarin vervatte rechtsvormende keuze voor andere gevallen)	• smal • breed noch smal • breed • zeer breed
D	Zichtbaarheid van de argumentatie of het gebruik van interpretatiemethoden (opstapje naar beoordeling van de diepte)	• gebruikte methode(n) • argument ontleend aan een bepaalde methode • expliciet of impliciet
E	Diepte (oordeel over de zichtbaarheid van de argumentatie)	• ondiep • diep noch ondiep • diep • zeer diep

De uitspraken zijn geanalyseerd voor zover zij rechtsvormende keuzen bevatten.

Selectie van de rechtsvormende jurisprudentie die aan dit onderzoeksmodel is onderworpen, heeft langs twee wegen plaats gevonden. Aan de ene kant boden de verslagen van het Juridisch Voorzittersoverleg (hierna: JVZO) over de jaren 2003-2008 een goed aanknopingspunt. Dit forum bestaat uit de Voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak, de vier kamervoorzitters en hun plaatsvervangers. Het is het orgaan binnen de Afdeling bestuursrechtspraak waarin wordt besloten over in het oog springende rechtsvragen van algemeen bestuurs(proces)rechtelijke

aard. Aan de andere kant is een *shortlist* over dezelfde jaren samengesteld van uitspraken die zijn opgevallen aan het kamercoördinatorenoverleg (hierna: KCO). Dit forum is het ambtelijk overlegorgaan voor kameroverstijgende rechtsvragen. De rechtsvormende keuzen in deze laatste uitspraken kenmerken zich door hun materieelrechtelijk karakter. Veruit de meeste zaken die het JVZO bereikten, betroffen bestuursprocesrechtelijke kwesties. In het licht van dit analytisch kader zijn 101 uitspraken, inclusief onderliggende dossiers, bestudeerd. Daarbij stonden ons ook de notulen van het JVZO en het KCO ter beschikking. Om die reden kunnen de analyses niet als bijlagen bij deze studie worden gepubliceerd. De conclusies die in deel VI worden getrokken, worden echter gedragen door openbare informatie.



Deel III

Over differentiatie, of wanneer een verzwaarde motiveringsplicht is aangewezen

Deel III Over differentiatie, of wanneer een verzwaarde motiveringsplicht is aangewezen

In dit deel staat de onderzoeksvraag centraal in welke situaties rechtsvorming een stempel drukt en moet drukken op de wijze waarop de Afdeling haar motiveringsplicht invult. De opbouw van dit deel volgt de differentiatiefactoren uit § 7.

10 Grenzen aan de rechtsvormende taak

Het bereiken van constitutionele grenzen kan de Afdeling ertoe brengen een bepaalde rechtsvormende keuze niet te maken.[38] Omgekeerd is het ook mogelijk dat de Afdeling, ondanks het feit dat de grenzen van haar rechtsvormende taak in beeld komen, toch nog ruimte ziet voor het maken van een rechtsvormende keuze.[39] In twee van de bestudeerde gevallen ging de Afdeling expliciet in op de grenzen van haar rechtsvormende taak.

In de eerste zaak, over uitsluiting van het kiesrecht van een onder curatele gestelde, overwoog de Afdeling dat in het algemeen niet gezegd kan worden dat uitsluiting als een onredelijke beperking van artikel 25 IVBPR geldt, maar dat het in concreto wel zo kan zijn.[40] Die laatste vraag, en aansluitend de vraag hoe strijdigheid kon worden weggenomen, betrof echter een vraag waarvan beantwoording naar de oordeel van de Afdeling de rechtsvormende taak van de rechter te buiten ging. De motivering is diep, omdat de Afdeling zichtbaar beargumenteert waarom zij in concreto niet kan toetsen of uitsluiting een onredelijke beperking van artikel 25 IVBPR inhoudt. Argumenten zoals de verstrekkendheid van de gevolgen van een dergelijke keuze en de omstandigheid

38 ABRvS 18 augustus 2004, nr. 200308517/1, *AB* 2004, 395 m.nt. NV, *JB* 2004, 345, *BR* 2005, 41 m.nt. B.P.M. van Ravels; ABRvS 29 oktober 2004, 200404212/5 (niet gepubliceerd); ABRvS 29 oktober 2003, nr. 200300512/1 (uitsluiting kiesrecht onder curatele gestelde), *AB* 2003, 463 m.nt. PJS, *JB* 2004, 3 m.nt. LV; ABRvS 13 juni 2004 en 21 november 2006, nrs. 200404446/1 en 200404450/1 (Antilliaanse kiesrechtzaak), *AB* 2007, 80 m.nt. P.J. Stolk, *JB* 2004, 308.

39 Zie bijvoorbeeld ABRvS 13 juni 2007, nr. 200606058/1, *AB* 2007, 261 m.nt. A.M.L. Jansen, *JB* 2007, 146.

40 ABRvS 29 oktober 2003, nr. 200300512/1 (uitsluiting kiesrecht onder curatele gestelde), *AB* 2003, 463 m.nt. PJS, *JB* 2004, 3 m.nt. LV.

dat juist inzake het kiesrecht de democratisch gekozen volksvertegenwoordiging aan zet is, zouden de uitspraak wellicht nog meer diepte hebben gegeven.

De uitspraak over het actief kiesrecht ten aanzien van het Europees Parlement was evenzeer diep gemotiveerd.[41] Ook hier liep de Afdeling aan tegen de grenzen van haar rechtsvormende taak, hetgeen zij expliciet benoemde. Hier ging zij echter verder en gaf ze aan dat zij verschillende oplossingen denkbaar achtte:

> "De strijdigheid van de wettelijke regeling met het communautaire gelijkheidsbeginsel kan worden opgeheven door personen met de Nederlandse nationaliteit die hun woonplaats hebben in de Nederlandse Antillen of op Aruba en niet ten minste tien jaar ingezetenen van Nederland zijn geweest alsnog het kiesrecht voor de verkiezing van de leden van het Europees Parlement toe te kennen. Dit is evenwel niet de enige mogelijkheid die zich aandient. Ook andere oplossingen zijn denkbaar, zoals die waarbij dat kiesrecht wordt voorbehouden aan degenen die in Nederland woonachtig zijn. De wijze waarop het in de wet neergelegde verschil kan worden weggenomen teneinde te bereiken dat personen als appellanten niet zonder in rechte houdbare grond ongunstiger worden behandeld dan evenbedoelde anderen vergt derhalve politieke keuzes die niet binnen de bestuurlijke taak van het college vallen. Dit beschikt bij de registratie van kiezers voor vertegenwoordigende lichamen immers niet over enige beoordelingsruimte. Evenzeer gaat het thans de rechtsvormende taak van de rechter te buiten; deze keuzes behoren in beginsel door de wetgever te worden gemaakt. Daarbij gaat de Afdeling er echter wel van uit dat de wetgever dat dusdanig tijdig zal doen dat voormelde strijdigheid voor de volgende verkiezing van de leden van het Europees Parlement is weggenomen."

In een andere zaak is het bereiken van de grenzen van de rechtsvormende taak wel duidelijk doch niet zo expliciet. De vraag naar de toepasbaarheid van de *Pikmeer*-jurisprudentie van de Hoge Raad bij bestuurlijke boeten werd bewust niet beantwoord.[42] De Afdeling overweegt:

41 ABRvS 13 juni 2004 en 21 november 2006, nrs. 200404446/1 en 200404450/1 (Antilliaanse kiesrechtzaak), *AB* 2007, 80 m.nt. P.J. Stolk, *JB* 2004, 308.

42 ABRvS 22 november 2006, nr. 200600200/1 (Bluswerkzaamheden Haarlem), *AB* 2007, 25 m.nt. APW Duijkersloot, *JB* 2007, 11 m.nt. C.L.G.F.H.A.

> ”De door de Hoge Raad ontwikkelde rechtspraak inzake strafrechtelijke immuniteit heeft betrekking op het opleggen van strafrechtelijke sancties. Aangezien het bestreden besluit strekt tot handhaving van een aan appellante opgelegde bestuurlijke boete, dient zich de vraag aan of die rechtspraak ook toepassing moet vinden op het opleggen van een zodanige boete. In dat verband dient in ogenschouw te worden genomen dat sedert de uitspraak van de Hoge Raad van 6 januari 1998, 1998,369 (Pikmeer II), het leerstuk van de strafrechtelijk immuniteit van openbare lichamen onderwerp is van publiek debat, waarbij in wisselende mate afstand wordt genomen van de aanvaarding van die immuniteit. In het bijzonder kan gewezen worden op de discussie in vervolg op een nota van het kabinet over strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheidsorganen (Kamerstukken II 1996/97, 25 294) en een initiatiefvoorstel van kamerlid Wolfsen tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en andere wetten in verband met het opheffen van de strafrechtelijke immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen (Kamerstukken II 2005/06, 30 538, nr. 2). Tegen de achtergrond van deze ontwikkelingen en de daarmede samenhangende onzekerheid over de toekomstige betekenis van de strafrechtelijke immuniteit van openbare lichamen, ziet de Afdeling in de omstandigheden waaronder in het voorliggende geval de overtreding van art. 16 lid 10 Arbowet 1998, gelezen in verbinding met art. 3.17 Arbobesluit heeft plaatsgevonden, grond om de algemene vraag of die immuniteit ook geldt bij het opleggen van een bestuurlijke boete in het midden te laten.”

De keuze om geen rechtsvormende beslissing te nemen is diep gemotiveerd, omdat de argumenten voor de keuze om af te zien van rechterlijke rechtsvorming inzichtelijk werden gemaakt.

Voorafgaand aan ons jurisprudentieonderzoek dachten we dat we de grenzen van de rechtsvormende taak niet vaak expliciet in de rechtspraak van de Afdeling benoemd zouden zien. We meenden de frase vooral te kennen uit de jurisprudentie van de Hoge Raad. Het onderzoek leverde echter ten dele een ander beeld op. Wij juichen dat toe. Het expliciteren in de uitspraak van het bereiken van of raken aan de grenzen van de rechtsvormende taak geeft aan de rechtsontwikkeling de juiste plaats binnen het democratisch proces. Wij achten het dan ook wenselijk dat in de uitspraak beargumenteerd wordt aangegeven dat die grens is bereikt. In die zin pleiten wij voor een zo diep mogelijke motivering in die gevallen waarin de Afdeling aanloopt tegen de grenzen van haar rechtsvormende taak.

Omgekeerd kan de situatie aan de orde zijn dat de Afdeling de grenzen van haar rechtsvormende taak voor zich ziet opdoemen, maar zich toch gehouden ziet tot een hoge mate van rechtsvorming over te gaan. Dit was aan de orde in een van de zaken over immateriële schadevergoeding bij overschrijding van de redelijke termijn door het bestuur.[43] De moeilijkheid daarbij was dat de regel die voor het toekennen voor schadevergoeding voorhanden is - artikel 8:73 Awb - niet geheel voor deze gevallen lijkt te zijn geschreven. Bij gebreke van een andere wettelijke voorziening dan artikel 8:73 Awb acht de Afdeling zich gehouden het hoger beroep gegrond te verklaren. Waarom precies zij zich gehouden acht, laat zij echter in het midden. Andere mogelijkheden waren voor appellant voorhanden: het opstarten van een civiele procedure of het uitlokken van een zuiver schadebesluit. Ook hier geldt dat niet alleen het expliciteren van het bereiken van de staatsrechtelijke grenzen aanbevelingswaardig lijkt, maar ook het kenbaar beargumenteren van deze keuze, bijvoorbeeld onder verwijzing naar artikel 13 EVRM. Wij menen dat juist wanneer de Afdeling nadrukkelijk tegen die grenzen aanloopt en toch tot rechtsvorming overgaat,[44] explicitering en motivering wenselijk zijn.

Aan het einde van deze paragraaf willen we stilstaan bij hetgeen 'grenzen van de rechtsvormende taak' tot een differentiatiefactor maakt. Er doet zich hier iets bijzonders voor. Weliswaar noopt het opdoemen van de grenzen aan de rechtsvormende taak niet tot een zeer diepe motivering als bedoeld in het door ons gehanteerde model, maar het leidt wel tot een verzwaring van de motiveringsplicht in een andere zin. Waar normaal gesproken het uitgangspunt is dat voor een diepe motivering uit de overwegingen moet blijken wat dragend is voor de beslissing en in beginsel niets meer, daar vergt het opdoemen van de grenzen van de rechtsvormende taak dat ook wordt duidelijk gemaakt waarom een bepaalde beslissing niet is genomen.

11 Procesrechtelijke context

11.1 Inleiding

Het antwoord op de vraag op welke wijze de procesrechtelijke context van invloed kan zijn op de breedte en de diepte van de uitspraak is niet eensluidend

43 ABRvS 13 juni 2007, nr. 200606058/1, *AB* 2007, 261 m.nt. A.M.L. Jansen, *JB* 2007, 146.

44 ABRvS 18 augustus 2004, nr. 200308517/1, *AB* 2004, 395 m.nt. NV, *JB* 2004, 345, *BR* 2005, 41 m.nt. B.P.M. van Ravels.

te geven. Onder deze noemer kunnen verschillende elementen schuilgaan: de proceskeuze van partijen (de formulering van de beroepsgronden die zij aandragen), de aard van de toetsing (ambtshalve dan wel op basis van beroepsgronden), het type procedure waarin de uitspraak wordt gedaan (hoofdzaak, voorlopige voorziening, vereenvoudigde behandeling en verzet) en de procedurele fase waarin de uitspraak wordt gedaan (eerste aanleg of hoger beroep).

Wat betreft het onderscheid tussen eerste aanleg en hoger beroep zijn we van mening dat geen sprake is van een differentiatiefactor, ofschoon de procedurele fase waarin de zaak zich bevindt, een factor betreft die van belang is voor de motivering. Er is, anders gezegd, een verschil tussen een procedure in eerste aanleg en die in hoger beroep. Dat verschil heeft er vooral mee te maken dat in hoger beroep niet alleen de door partijen voorgedragen gronden voorliggen, maar ook de rechtbankuitspraak die het voorwerp van geding vormt. Het door de rechtbank gegeven oordeel over de geschilpunten die partijen verdeeld houden, werkt door in de motiveringsplicht van de hoger beroepsrechter. Hoe en in hoeverre dat het geval is, wordt hierna uitgewerkt onder de differentiatiefactor 'relatie tot de uitspraak van de rechtbank'. In deze procesrechtelijke context is het geen factor die op zichzelf reeds tot differentiatie aanleiding geeft.

11.2 Proceskeuze (of: procedeerwijze) van partijen

De rechtsvormende taak van de rechter is in belangrijke mate afhankelijk van de proceskeuze van partijen. Zij bepalen immers de omvang van het geding en daarmee de buitengrenzen van het speelveld van de rechter. Voordat een zaak aan de rechter wordt voorgelegd, is hij dan ook veelal reeds eniger mate getekend door de proceskeuze van partijen. Niet in de laatste plaats - dat geldt in hoger beroep in nog sterker mate dan in eerste aanleg - door de procedeerwijze van partijen in eerdere procedurele fasen. Soms is de juridische grondslag van het beroep zwak gekozen of kunnen bepaalde gronden of feiten niet meer worden aangevoerd. Ook komt het voor dat de rechter zich opmaakt voor het maken van een rechtsvormende keuze, maar dat de betrokken partij het punt laat lopen. We wijzen bijvoorbeeld op een zaak waarin het overgangsrecht van de Wet kosten bestuurlijke voorprocedures aan de orde leek te komen.[45] Een verzoek om vergoeding van kosten werd echter niet ingediend en daarmee was het 'einde oefening'. In al deze gevallen vormt de procedeerwijze niet zozeer een differentiatiefactor die op een bepaalde gradatie in de motiveringsplicht wijst,

45 ABRvS 24 maart 2004, nr. 200304008/1 (Proceskosten Schiphol), *LJN*: A06074.

maar veeleer een factor die überhaupt in de weg staat aan het nemen van een rechtsvormende beslissing. Wij gaan hierop dieper in onder de noemer bijkomende factoren in deel V.

De procedeerwijze van partijen kan echter wel degelijk onder omstandigheden van invloed zijn op de motivering van de rechterlijke uitspraak. De uitspraak van de rechter houdt - althans in beginsel - noodgedwongen op bij de bespreking van de door partijen aangevoerde gronden, maar andersom is hij in beginsel wel gehouden in te gaan op elk van de argumenten die door partijen worden aangevoerd. Tegen die achtergrond is het niet onlogisch te veronderstellen dat de kwaliteit van de argumentatie van partijen bijdraagt aan de kwaliteit van de motivering. Zo mag worden verwacht dat een op de zaak toegesneden juridische argumentatie door partijen het debat in rechte en daarmee uiteindelijk ook het debat in de raadkamer zal verscherpen. Goed beargumenteerde pleidooien dwingen de rechter op basis van die argumenten met partijen in discussie te gaan en daarmee tot het opschrijven van een motivering die er blijk van geeft serieus rekening te hebben gehouden met andere mogelijkheden dan die de rechter uiteindelijk voorstaat. In die zin heeft de wijze van procederen door partijen gevolgen voor de diepte van de motivering en vormt deze in zoverre een niet onbelangrijke differentiatiefactor.

11.3 Ambtshalve toetsing/beoordeling

De bestuursrechter doet ingevolge artikel 8:69, eerste lid, Awb uitspraak op grondslag van het beroepschrift, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting. Hiermee wordt tot uitdrukking gebracht dat de rechter in beginsel is gebonden aan de omvang van het geschil zoals door de indiener van het beroepschrift - en mogelijk derde-partijen - aan hem is voorgelegd. De rechter treedt alleen ambtshalve buiten deze omvang van het geschil, indien het gaat om de toetsing aan voorschriften van openbare orde. Tot op heden zijn als zodanig slechts aangemerkt voorschriften die betrekking hebben op de ontvankelijkheid van de indiener van het bezwaar of beroepschrift en de bevoegdheid van bestuur en rechter.

Waar beroepsgronden zijn aangevoerd, moeten de overwegingen inzicht geven in de gedachtegang die tot slagen of falen van de afzonderlijke beroepsgronden leidt en uiteindelijk tot de beslissing.[46] Waar geen beroepsgronden zijn aangevoerd en

46 Raad van State, *Opzet en vormgeving van uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak* (rapport, aanwijzing 60), Den Haag 2007, p. 49.

de Afdeling ambtshalve oordeelt of toetst, raakt de motivering echter niet uit beeld en is zij in sommige gevallen zelfs zwaar te noemen. We schetsen eerst het beeld dat we aantroffen in ons onderzoek.

Niet zelden werden rechtsvormende keuzen gemaakt in het kader van ambtshalve toetsing en vooral van de ambtshalve beoordeling van bevoegdheid en ontvankelijkheid. In een enkel geval zien we van deze keuze in de uitspraak niets terug zoals in de zaak over derdebelanghebbendheid bij de weigering handhavend op te treden.[47] Vanuit het perspectief van kenbare rechtsontwikkeling valt dit naar onze mening te betreuren.

We zien in de Afdelingsjurisprudentie dat als de ambtshalve toetsing geen aanleiding geeft tot een corrigerend oordeel - hetzij ambtshalve oordelend: een onbevoegdverklaring of niet-ontvankelijkverklaring, hetzij ambtshalve toetsend: tot een vernietiging van besluit of uitspraak - er in de uitspraak doorgaans geen overweging aan wordt gewijd. Dat is begrijpelijk: elementen die niet dragend zijn voor het uiteindelijke dictum behoeven niet in de uitspraak te worden opgenomen voor zover zij niet uitdrukkelijk door partijen zijn aangevoerd. Toch kan dit in onze optiek anders liggen, als het ambtshalve beoordeelde of getoetste aspect een belangrijke rechtsvormende waarde heeft. We zouden willen bepleiten dat dergelijke rechtsvormende keuzen in ieder geval zichtbaar worden gemaakt. Daarbij past een brede uitspraak (waarin de regel wordt gegeven en mogelijk zelfs duidelijk wordt hoe deze zich verhoudt tot een bestaand leerstuk) met een diepe motivering (die argumentatie geeft). Diep, en niet noodzakelijkerwijs zeer diep omdat het veelal geen in geschil zijnd onderwerp is waardoor een contradictoir element (anders gezegd: een discursief element) ontbreekt en dus 'zeer diep' veelal niet is aangewezen. Dit kan overigens weer anders liggen in bijvoorbeeld de gevallen waarin de Afdeling ambtshalve toetsend 'omgaat'.[48]

Een voorbeeld van een voldoende gemotiveerd ambtshalve gegeven oordeel vormt de uitspraak over doorbreking van het appelverbod.[49] Weliswaar speelde hier ook de aard van het recht een rol, maar gelet op de aard van de toetsing en de afwezigheid van andere differentiatiefactoren was de betekenis daarvan gering. Ook denken we aan de uitspraak waarin de Afdeling een voor de rechtspraktijk belangrijke knoop doorhakte over de gevolgen van een bevoegdheidswijziging

47 ABRvS 1 juni 2005, nr. 200406511/1 (Sittard-Geleen), *LJN*: AT6549.

48 Zie hierna in § 12.4.

49 ABRvS 11 februari 2005, nr. 200409759/1, *JV* 2005, 172 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven.

voor lopende bezwaar- en beroepsprocedures.[50] Deze kwestie was aan de aandacht van partijen voorbijgegaan, maar niet aan die van de Afdeling die een brede, diepe uitspraak deed. Diep en zeer breed waren de uitspraken in twee zaken over legalisatie, verificatie en het besluitbegrip.[51] Dat was nodig omdat er sprake was van afwijking van eerdere rechtspraak en tegelijkertijd aansluiting werd gevonden bij de rechtspraak van de Hoge Raad.

Niettemin hebben we verschillende uitspraken gezien die qua breedte en diepte niet strookten met ons ideaal. Een voorbeeld van een uitspraak die wellicht wat meer richting had kunnen geven, is die in de zaak *Milieugroep De Bilt*.[52] De (gepubliceerde) uitspraken die een lijn vormden in de rechtspraak van de Afdeling en waarbij werd aangesloten, waren bij de behandeling van de zaak gesignaleerd. Vraagtekens die nadien bij deze uitspraak werden geplaatst, hadden wellicht voorkomen kunnen worden door de uitspraak nadrukkelijker in relatie te brengen met de eerdere rechtspraak. Zo ook de uitspraak *Carpetland Leeuwarden* over rechtsoordelen, die weliswaar in voldoende mate was beargumenteerd, maar die meer richting had kunnen geven aan de rechtsontwikkeling door aan te geven hoe deze beslissing zich verhoudt tot de eerdere rechtsoordelenjurisprudentie:[53]

> ”De Afdeling overweegt ambtshalve dat een antwoord op een vraag, als waar het hier om gaat, namelijk naar de verbindendheid van planvoorschriften, in de regel geen besluit in de zin van artikel 1:3 van de Algemene wet bestuursrecht inhoudt. Er is geen reden om daarover in dit geval anders te oordelen, nu appellante uitsluitend de verbindendheid van de desbetreffende planvoorschriften aan de orde heeft gesteld en er geen aanleiding is om aan te nemen dat zij die verbindendheid niet anders in rechte beoordeeld kan krijgen, dan door de desbetreffende voorschriften te overtreden en de eventuele reactie daarop af te wachten. Zo zou appellante vrijstelling kunnen vragen en daarbij de verbindendheid van de desbetreffende voorschriften aan de orde kunnen stellen.”

50 ABRvS 16 april 2003, nr. 200204739/1 (Zandhagedissen Ruigenhoek Noordwijkerhout), *JM* 2003, 115.

51 ABRvS 8 september 2004, nr. 200304168/1, *A*B 2004, 329 m.nt. Sew en ABRvS 8 september 2004, nr. 200303055/1, *JB* 2004, 354 m.nt. EvdL.

52 ABRvS 25 juni 2003, nr. 200202381/1 (Milieugroep De Bilt), *AB* 2004, 5 m.nt. FM

53 ABRvS 4 augustus 2004, 200306616/1 (Carpetland Leeuwarden), *JB* 2004, 320.

Het klemt in dit geval temeer, omdat de eigen rechtspraak werd aangescherpt, terwijl de rechtbank de eerdere rechtspraak van de Afdeling had gevolgd (overigens zonder daar expliciet naar te verwijzen). Breedte vinden we daarom vooral belangrijk wanneer andere 'stevige' differentiatiefactoren aan de orde zijn, zoals de hierna te bespreken relatie tot de eigen rechtspraak of tot die van een andere rechter.

Een voorbeeld van een zeer brede uitspraak vormt de zaak over processuele connexiteit bij zuivere schadebesluiten.[54] Zo overweegt de Afdeling:

> "Zoals de Centrale Raad van Beroep heeft overwogen in zijn uitspraak van 26 september 2003, in zaak nrs. 00/2944 en 00/5193 NABW (JB 2003/349), is aan het vereiste van zogenoemde processuele connexiteit echter niet reeds voldaan door het enkele feit dat het schadeveroorzakende besluit als zodanig vatbaar is voor bezwaar en beroep. Tegen een zelfstandig schadebesluit kan alleen ontvankelijk bezwaar worden gemaakt door degene die ook ontvankelijk bezwaar heeft gemaakt of had kunnen maken tegen het - gestelde - schadeveroorzakende besluit."

De Afdeling geeft onder verwijzing naar de Centrale Raad van Beroep een duidelijke rechtsregel. De motivering van deze uitspraak is echter niet diep; waarom deze regel luidt zoals hij luidt, wordt niet nader beargumenteerd. Ook de uitspraak waarin de Afdeling naar analogie van artikel 6:13 Awb een rechtsregel formuleert voor de gevallen waarin iemand tegen een na vernietiging genomen vervangend besluit opkomt die in een eerdere procedurele rond verwijtbaar geen beroep heeft ingesteld, geeft een duidelijke regel. Maar ook hier is de argumentatie niet erg diep.[55] Meer diepte kan gewenst zijn, maar het hangt van bijkomende differentiatiefactoren af hoe diep de rechter precies zou moeten gaan.

In een zaak over een partiële gedoogverklaring hield de Afdeling vast aan de bestaande lijn in haar eigen rechtspraak en bouwde ze deze zelfs uit, ondanks kritiek (uit wetenschappelijke hoek) op de hoofdmoot van die lijn.[56]
De uitspraak was tot op zekere hoogte richtinggevend. De motivering was ook

54 ABRvS 18 augustus 2004, nr. 200308517/1, *AB* 2004, 395 m.nt. NV, *JB* 2004, 345, *BR* 2005, 41 m.nt. B.P.M. van Ravels.

55 ABRvS 24 januari 2007, nr. 200604541/1, *LJN*: AZ6874.

56 ABRvS 14 januari 2004, nr. 200303297/1 (permanente bewoning volkstuintjes Haarlemmermeer), *AB* 2004, 242 m.nt. F.R. Vermeer, *JB* 2004, 101 m.nt. CLGFHA.

voldoende steekhoudend en logisch sluitend, hetgeen van extra belang was, gelet op de bijkomende differentiatiefactor dat deze lijn enigszins onder druk stond. In een volgende zaak over de partiële gedoogverklaring was de uitspraak weliswaar breed door verwijzing naar eerdere rechtspraak maar niet erg diep beargumenteerd.[57] Deze uitspraak was van belang omdat hij bijdraagt aan de uniformering van de rechtspraak van de verschillende Kamers binnen de Afdeling. De Afdeling hield vast aan haar eerdere jurisprudentie, terwijl daar bij de buitenwacht wel het een en ander over te doen was geweest.

Ter afsluiting willen wij wijzen op zaken waarin de Afdeling, ambtshalve beoordelend of toetsend, afwijkt van haar eerdere rechtspraak of omgaat. In een zaak ging zij om in een enigszins richtinggevende uitspraak.[58] De Afdeling formuleert een nieuwe rechtsregel en geeft ook aan dat zij daarmee afwijkt van haar eerdere jurisprudentie:

> "Anders dan ligt besloten in haar uitspraak van 25 mei 2005 in zaak no. 200407359/1, AB 2005, 234, is de Afdeling thans van oordeel dat een belangenorganisatie die voor het belang van haar leden opkomt, daarmee opkomt voor een collectief belang, tenzij het tegendeel blijkt."

Op dat de precieze betekenis van deze regel en de verhouding tot eerdere rechtspraak wordt in de uitspraak niet nader aangegeven. Een meer richtingevende uitspraak was wellicht wenselijk geweest, juist waar de Afdeling omgaat. De aard van de toetsing, ambtshalve of naar aanleiding van daartoe aangevoerde beroepsgronden, doet daaraan naar onze mening geen afbreuk. In een andere uitspraak achtte de Afdeling een derde met een belang parallel aan dat van de aanvrager zonder enige overweging ontvankelijk en week daarmee af van eerdere jurisprudentie over het afgeleid belang.[59] Toch blijkt dat de Afdeling hier welbewust met eerdere jurisprudentie heeft gebroken. Het komt ons wenselijk voor om bij afwijking van eerdere jurisprudentie, ook in het geval van ambtshalve toetsing, zulks expliciet in de motivering tot uitdrukking te brengen en dit afwijken ook in voldoende mate te motiveren.

57 ABRvS 21 april 2004, nr. 200306404/1 (Groesbeek), *BR* 2004, 537.

58 ABRvS 23 augustus 2006, nr. 200507730/1 (LTO Noord/Zuid-Holland), *AB* 2006, 365 m.nt. A. van Hall, *BR* 2006, 1021 m.nt. A.G.A. Nijmeijer, *JB* 2001, 291 m.nt. R.J.N.S.

59 ABRvS 26 juli 2006, nr. 200508295/1 (Elburg), *LJN*: AY5097.

Samenvattend menen wij dat bij een toetsing op basis van aangevoerde beroepsgronden eerder een verzwaarde motiveringsplicht zal zijn aangewezen, omdat de rechter is gehouden er blijk van te geven dat hij de aangevoerde gronden en argumenten in zijn beoordeling heeft betrokken. Een meer discursieve wijze van motiveren zal bij ambtshalve te beoordelen of te toetsen aspecten niet snel zijn aangewezen. Dat neemt niet weg dat wij menen dat, wanneer de Afdeling ambtshalve toetsend of beoordelend tot een rechtsvormende keuze komt, deze in de uitspraak zichtbaar zou moeten worden gemaakt, waar nodig door expliciete inpassing in bestaande jurisprudentie. Afhankelijk van de mate waarin de kwestie ter discussie staat of wordt afgeweken van eerdere jurisprudentie, anders gezegd: of andere differentiatiefactoren aan de orde zijn, noopt dit tot een inzichtelijke en logische sluitende argumentatie waarbij zo nodig inzicht wordt gegeven in het proces van wikken en wegen dat aan de uitspraak ten grondslag ligt.

11.4 Type procedure?

In deze paragraaf gaat het ons niet om de hoofdprocedure maar richten we ons op verzet, vereenvoudigde behandeling en voorlopige voorziening en werpen we de vraag op of en zo ja, in hoeverre, dit type procedure aanleiding geeft tot een verzwaring van de motiveringsplicht.

11.4.1 Verzet

De verzetsmogelijkheid van art. 8:55 Awb heeft alleen betrekking op de vraag of de rechter terecht tot vereenvoudigde behandeling is overgegaan. Deze procedure houdt geen behandeling van de hoofdzaak ten gronde in. Dit werkt door in de aan de motivering te stellen eisen. In onze analyse van de uitspraak over belanghebbendheid bij het niet tijdig nemen van een besluit merkten we op dat de uitspraak door de procesrechtelijke context noodgedwongen smal was en zo diep als nodig.[60] Wij menen dat de verzetprocedure zich naar zijn aard niet leent voor een brede rechtsvormende uitspraak en dat gelet op de vraag die daar aan de orde is, ook aan de diepte geen heel hoge eisen moeten worden gesteld.

11.4.2 Vereenvoudigde behandeling

Een zaak kan ingevolge artikel 8:54 Awb vereenvoudigd worden afgedaan ingeval van 'kennelijkheden'. Een principiele rechtsvormende keuze verdraagt zich naar onze mening dan ook moeilijk met de aard van de vereenvoudigde behandeling. Hoewel door het achterwege laten van de zitting in communicatieve termen alles

60 ABRvS 29 oktober 2004, 200404212/5 (Deurne), niet gepubliceerd. Zie ook ABRvS 19 november 2003, nr. 200302858/3, niet gepubliceerd.

aankomt op helderheid van de uitspraak, heeft de motivering toch vooral betrekking op de 'kennelijkheidheid' en daarmee op de legitimatie voor het achterwege laten van een behandeling ter zitting.

We troffen in ons onderzoek een uitspraak aan waarin het ging om een zaak waarbij de rechtspraak inzake beroep op een rechtstreeks werkende verdragsbepaling ter zitting bij de rechtbank werd voortgezet, waarover veel te doen was geweest.[61] De rechtbank had een andersluidende, eigen rechtsvormende keuze gemaakt. Met die keuze gaat de Afdeling niet mee. Hoewel het op andere gronden niet tot een vernietiging van de rechtbankuitspraak komt, had het hier voor de hand gelegen dat de Afdeling de expliciete rechtsvormende keuze van de rechtbank beargumenteerd terzijde schuift, voor de legitimatie daarvan maar ook met het oog op toekomstige rechtspraak. Een en ander klemt naar onze mening temeer, daar een fundamenteel recht in geding was.[62] Wij zouden daaruit echter niet de conclusie willen trekken dat ook bij de vereenvoudigde behandelingen ex artikel 8:54 Awb onder omstandigheden een verzwaarde motiveringsplicht is aangewezen; het had in een dergelijk geval wellicht de voorkeur verdiend niet voor deze vorm van afdoening te kiezen. Over het algemeen lijkt het ons immers zo te zijn dat, wanneer een zaak kan worden afgedaan vanwege 'kennelijkheid', in termen van breedte de eis mag worden gesteld dat wordt verwezen naar eerdere rechtspraak waarop die kennelijkheid berust. Ook wat betreft de diepte lijken minder zware eisen te moeten worden gesteld; uit eerdere rechtspraak zal de argumentatie moeten blijken die in het voorliggende geval tot het oordeel 'kennelijk' heeft geleid.

11.4.3 Voorlopige voorziening

Naast de hoofdzaak kan een voorlopige voorziening worden getroffen in een afzonderlijke procedure overeenkomstig Titel 8.3 Awb. Naar onze mening heeft ook dit type procedure consequenties voor de aan de motivering te stellen eisen, al blijkt dit niet rechtstreeks uit het materiaal waarop we ons onderzoek hebben geënt.[63]

61 ABRvS 3 december 2004, nr. 200405922/1, niet gepubliceerd.

62 Zie ook § 15.

63 We hebben op dit punt ook inspiratie ontleend aan de richtlijnen voor de motivering van uitspraken op een verzoek om voorlopige voorziening zoals opgesteld door het presidium van de appelkamer van de Afdeling.

In sommige gevallen wordt de beslissing op een verzoek om voorlopige voorziening genomen en gemotiveerd op grond van een belangenafweging, zonder dat een voorlopig oordeel behoeft te worden gegeven over de rechtmatigheid van het bestreden besluit. In al deze gevallen behoort de belangenafweging overtuigend en logisch sluitend gemotiveerd te worden. In andere gevallen is wel een voorlopige oordeel over de rechtmatigheid van het bestreden besluit vereist. In die gevallen is er een zekere spanning voelbaar tussen enerzijds de behoefte om de Afdeling niet voor de voeten te lopen bij de behandeling van de bodemzaak en anderzijds de motiveringsplicht. Uitgangspunt is dat niet kan worden volstaan met een algemene formule, maar dat ook dan een specifiek op de concrete zaak toegespitste motivering nodig is. Daarbij kan onder omstandigheden de afstand tot de bodemzaak nog meer worden geaccentueerd door aan te geven dat er onvoldoende reden is voor twijfel aan de rechtmatigheid van de rechtbankuitspraak dan wel het bestreden besluit of dat niet aannemelijk is geworden dat de uitspraak dan wel het bestreden besluit in de bodemzaak niet in stand zal blijven.

De motivering is derhalve gericht op de belangenafweging, dan wel deelt zij in de voorlopigheid van het rechtmatigheidsoordeel in voorlopige voorziening. Als we kijken naar de kwestie van het beroepsrecht van belangenorganisaties met een ruime statutaire doelstelling,[64] dan zien we in de diverse uitspraken in voorlopige voorziening die in het voorjaar van 2008 zijn gedaan al een voorzichtige aanwijzing dat er iets aan het verschuiven is. Overwogen wordt dat niet boven alle twijfel is verheven dat de doelstelling waarvoor de stichting volgens de statuten is opgericht, zodanig ruim is dat deze niet in het bijzonder is gericht op de behartiging van het belang waarvoor de stichting in deze procedure optreedt.[65] Desondanks werd voorlopige belanghebbendheid aangenomen, waarna vervolgens in de hoofdzaak tot niet-ontvankelijkheid is geconcludeerd. Wat we tegen deze achtergrond in elk geval kunnen zeggen is dat de procedure in voorlopige voorziening veelal niet het moment vormt om een rechtsvormende keuze te maken. Het richtinggevende element van een dergelijke rechtsvormende uitspraak en het voorlopige karakter daarvan lijken zich niet goed met elkaar te verdragen. Als een dergelijke rechtsvormende keuze wordt gemaakt in de zaak

64 Zie ABRvS 1 oktober 2008, nr. 200801150/1 (Stichting Omgevingsrecht), *AB* 2008, 348 m.nt. F.C.M.A. Michiels.

65 VzABRvS 22 februari 2008, nr. 200707537/1, *LJN*: BC5242; VzABRvS 26 maart 2008, nr. 200800289/1, *JM* 2008, 63 m.nt. Zijlmans; VzABRvS 9 mei 2008, nr. 200800949/1, *LJN*: BD1472.

waarin wordt kortgesloten en dus meteen ook uitspraak in de hoofdzaak wordt gedaan, is er naar onze mening geen verschil met een gewone bodemzaak.[66]

Daarnaast zijn er nog gevallen denkbaar waarin de uitspraak in voorlopige voorziening door de factor tijd in wezen de uitspraak in hoofdzaak is. Bijvoorbeeld als het gaat om een vergunning voor een kortlopende periode en de uitspraak in de hoofdzaak niet kan worden afgewacht of bij een beslissing tot openbaarmaking van stukken krachtens de Wet openbaarheid van bestuur. Ook dan naderen de eisen die aan de motivering worden gesteld, die van de hoofdzaak. In andere gevallen kunnen wij ons echter voorstellen dat, als er al enigermate vooruitgelopen moet worden op een rechtsvormende keuze in de hoofdzaak, dit gebeurt met een niet zeer brede uitspraak en evenmin met een zeer diepe motivering.

11.4.4 Ter afsluiting

In de titel van deze paragraaf hebben wij de vraag opgeworpen of ook het type procedure een differentiatiefactor moet heten. Wij menen deze vraag ontkennend te moeten beantwoorden. Het type procedure waarin uitspraak wordt gedaan, is naar onze mening weliswaar relevant voor de motivering, maar biedt op zichzelf weinig aanleiding tot differentiatie in de zwaarte van de motiveringsplicht. Zo geldt voor de voorlopige voorziening dat de motiveringsplicht deelt in het voorlopige karakter van de uitspraak zelf. In zoverre kleurt dit voorlopige karakter de motiveringsplicht. Van verzwaring is echter geen sprake. Evenmin van verlichting. Soortgelijke opmerkingen kunnen worden gemaakt ten aanzien van de andere twee typen procedures.

12 De relatie tot de eigen rechtspraak

12.1 Opmerkingen vooraf

De relatie van de rechtsvormende keuze tot de eerdere, eigen jurisprudentie van de Afdeling vormt een factor die op vele wijzen het verschil kan maken voor de inkleuring of verzwaring van de motiveringsplicht bij rechtsvorming. Hieronder gaan verscheidene belangrijke factoren schuil die onder omstandigheden het verschil kunnen maken. Wij onderscheiden er een drietal: (1) de eerdere rechtspraak bevestigen (voortzetten en vasthouden), (2) de reikwijdte van eerdere

66 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 17 februari 2005, nrs. 200409226/1 en 200409226/2 (Delta Eye Secutiry), *LJN*: AS7218.

rechtspraak veranderen (doortrekken en nuanceren) en (3) terugkomen van eerdere rechtspraak (afwijken en omgaan).

12.2 Eerdere eigen rechtspraak bevestigen (voortzetten of vasthouden)
Zoals we opmerkten in § 7.5.1, is het niet vanzelfsprekend dat, waar de Afdeling haar eerdere rechtspraak bevestigt, sprake is van rechtsvorming. Ons jurisprudentieonderzoek heeft ons ertoe gebracht binnen de factor 'bevestigen' onderscheid aan te brengen tussen 'voortzetten' en 'vasthouden', ofschoon we erkennen dat de grens tussen beide flinterdun kan zijn. De noodzaak tot het maken van dit onderscheid bestaat daaruit dat voortzetten niet *altijd* een differentiatiefactor is, terwijl vasthouden dat wel is. Wanneer de Afdeling een ingeslagen jurisprudentiële richting *voortzet*, doet zij feitelijk niets nieuws: ze maakt immers dezelfde keuze als voorheen. Van rechtsvorming is strikt genomen dan ook geen sprake.[67] Dit wordt anders wanneer er buiten de Raad veel over de betreffende jurisprudentie te doen is geweest, bijvoorbeeld naar aanleiding van kritische beschouwingen in de wetenschappelijke literatuur . Het kan dan gaan om het bevestigen van lang bestaande rechtspraak, maar ook van recent gevestigde of bevestigde jurisprudentie. Bij *vasthouden* aan een ingeslagen richting is er dit verschil dat (ook) de Afdeling signalen heeft opgevangen die uitnodigen om een andere richting in te slaan. Hier kan men wederom denken aan de literatuur, maar ook aan rechtspraak van bijvoorbeeld het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Signalen van buiten worden dan *verinnerlijkt* en leiden tot nadere gedachtevorming die uiteindelijk resulteert in het bevestigen van een eerdere beslissing. De bron van de druk op de jurisprudentie kan overigens ook binnen de Afdeling ontspringen. Ook dan spreken we van 'vasthouden'.

Wij menen dat de Afdeling bij het *voortzetten* van recent gevestigde rechtspraak qua motivering kan volstaan met een brede uitspraak.[68] Het is goed de breedte van de uitspraak tot uitdrukking te brengen in verwijzing naar eerdere rechtspraak. Deze optie heeft, de rechtsontwikkeling indachtig, onze voorkeur boven een standaardoverweging met de strekking dat de rechtsontwikkeling sedert het wijzen van de eerdere rechtspraak geen aanleiding geeft over de betreffende kwestie thans anders te oordelen. Overigens, als die eerdere uitspraak smal (lees: casuïstisch) is, ontstaat de behoefte aan een uiteenzetting die duidelijk maakt hoe de rechtspraak zich tot dusverre heeft ontwikkeld en waar deze nu staat. Dan mag het in termen van breedte dus best iets meer zijn dan louter een verwijzing.

67 Vgl. § 3.2.1.

68 Zie bijvoorbeeld ABRvS 18 juni 2003, nr. 200300388/1 (Werkendam), *LJN*: A61691.

Analyse van de geselecteerde uitspraken leert dat de Afdeling in een aantal gevallen niet verwijst naar rechtspraak die zij voortzet of waaraan ze vasthoudt. Zij bevestigt dan weliswaar haar rechtspraak, maar zij maakt dit vaak niet zichtbaar. Wij menen dat voor dat laatste wel aanleiding kan zijn, met name in de gevallen waarin weliswaar een met een (recente) uitspraak ingezette lijn wordt voortgezet, maar met betrekking tot een zodanig ander feitencomplex dat juist de nieuwe uitspraak in vergelijking met die eerdere uitspraak meer duidelijkheid biedt over de inhoud en reikwijdte van de jurisprudentielijn. Als voorbeeld wijzen wij op de uitspraken inzake luchtkwaliteit.[69] Nadat de Afdeling in de zaak over het ADO-stadion had aangegeven dat een overschrijding van 0,01 tot 0,02 microgram per kubieke meter 'verwaarloosbaar' was, paste zij de impliciet daaraan ten grondslag liggende rechterlijke keuze ook toe op de zaak over het FOC Roosendaal. Omdat de overschrijding hier niet verwaarloosbaar werd geacht, geeft deze uitspraak in combinatie met de daaraan voorgaande een beter beeld van de jurisprudentielijn die de Afdeling op dat punt volgt. In dergelijke zaken groeit de behoefte aan een brede uitspraak, dat wil zeggen, mede gelet op het belang van de rechtspraktijk, aan een duidelijke formulering van de door de Afdeling gevonden regel.

In de bestudeerde uitspraken werd in zeer veel gevallen *vastgehouden* aan de eigen rechtspraak. In bepaalde gevallen was de reeds eerder ingezette jurisprudentie door bepaalde factoren enigszins onder druk komen te staan, zodat intern de behoefte de rechtsvormende keuze te heroverwegen toenam. In hoger beroep kan dat bijvoorbeeld worden veroorzaakt door een afwijkende uitspraak van de rechtbank in eerste aanleg waarover hierna meer in § 13. Soms speelt een rol dat de buitenwacht, de wetenschap al dan niet voorop, pittige discussies aan de kwestie wijdde of waarin een uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens de bestaande rechtspraak enigszins onder druk zette. Op dit type bijzonderheden doelen we hier. Zij maken dat het autonome (en dus rechtsvormende) element in de rechtsvinding toeneemt en voeren de druk op invulling te geven aan de motiveringsplicht. Waar zich dit type bijzonderheden voordoet, zal de Afdeling haar beslissing om vast te houden aan reeds eerder gevestigde jurisprudentie wellicht uitvoeriger moeten motiveren. Dat is zeker het geval wanneer deze vaste rechtspraak onder druk komt te staan door rechtspraak van de Europese Hoven in Straatsburg en Luxemburg. Denk bijvoorbeeld aan de invloed van de arresten

69 ABRvS 18 januari 2006, nr. 200507534/1 (ADO-stadion), *AB* 2006, 330 m.nt. A.B. Blomberg, *JM* 2006, 27 m.nt. De Vries; ABRvS 5 april 2006, nr. 200506157/1 (FOC Roosendaal), *AB* 2006, 183 m.nt. A.G.A. Nijmeijer, *JM* 2006, 65 m.nt. De Vries.

van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens op de rechtspraak van de vreemdelingenkamer van de Afdeling bestuursrechtspraak.[70] Dan mag van de Afdeling een motivering worden verlangd, waarin zij expliciet aangeeft zich rekenschap te hebben gegeven van deze internationale rechtspraak. Wij hebben gezien dat de Afdeling dit in een aantal gevallen ook doet.[71]

Signalen uit de literatuur behoeven op zich niet te leiden tot een zeer diepe motivering: het ligt niet op de weg van de rechter om de discussie aan te gaan met argumenten die in de literatuur naar voren worden gebracht. Wel menen wij dat de rechter zich rekenschap behoort te geven van deze buitenshuis bestaande opvattingen en wanneer dit structurele en tamelijk breed gedragen kritiek betreft, doet de Afdeling er verstandig aan niet alleen te verwijzen naar eerdere rechtspraak (in de breedte), maar ook kenbaar (en dus diep) te motiveren waarom zij deze voortzet. Dat geldt a fortiori als het niet recent nog gevestigde of bevestigde rechtspraak betreft. Een verwijzing naar eerdere jurisprudentie achten wij hier echter zonder meer van belang, bijvoorbeeld de Rucphense zaak over het overgangsrecht in de Wet kosten bestuurlijke voorprocedures, die wel enige breedte (dat wil zeggen: betekenis voor nieuwe gevallen) bezat op grond van de gebruikte bewoordingen.[72] In andere uitspraken waarin vergelijkbare vragen waren opgekomen, zagen we een dergelijke verwijzing wel.[73]

12.3 De reikwijdte van eerdere rechtspraak veranderen (doortrekken of nuanceren)

Onder het doortrekken van jurisprudentie verstaan we het verruimen van het toepassingsbereik van een rechtsnorm zoals deze vorm is gegeven in de rechtspraak, naar aanverwante of samenhangende rechtsvragen. Omgekeerd verstaan we onder het nuanceren van de eigen rechtspraak het beperken van het toepassingsbereik van een rechtsnorm zoals vorm gegeven in de rechtspraak. De rechter komt niet terug van eerdere jurisprudentie, zet eerdere rechtspraak niet voort, maar beperkt of verruimt de reikwijdte ervan in meer of mindere mate.

70 Zie bijvoorbeeld EHRM 11 januari 2007, nr. 1948/04 *(Salah Sheekh v. The Netherlands)*, *AB* 2007, 76 m.nt. B.P. Vermeulen.

71 ABRvS 12 oktober 2007, nr. 200701023/1 (onmenselijke behandeling na *Salah Sheekh*), *AB* 2008, 106 m.nt. T.P. Spijkerboer, *JV* 2007, 530 m.nt. HBA.

72 ABRvS 7 april 2004, nr. 200306349/1 (Rucphen), *LJN*: AO7122.

73 ABRvS 13 oktober 2004, nr. 200401416/1, *AB* 2005, 68 m.nt. CMB, *JB* 2004, 374, *JB* 2005, 74 m.nt. NV; ABRvS 15 december 2004, nr. 200300956/1, *LJN*: AR7548.

12.3.1 *Verruimen van de reikwijdte van eerdere rechtspraak (doortrekken van de lijn in de jurisprudentie)*

Een van de vragen die we ons in dit onderzoek stellen, luidt welke eisen men wanneer moet stellen aan de motivering bij het doortrekken van een (reeds eerder) ingezette lijn naar een verwante of sterk samenhangende rechtsvraag. Naar onze mening zijn diepte (kenbaarheid en draagkracht van de argumentatie) en breedte van de motivering ook op dit punt van belang, met name omdat het doortrekken van die lijn lang niet altijd vanzelfsprekend behoeft te zijn. Meer in het algemeen lijkt te gelden dat, wanneer de relatie tussen de in geding zijnde rechtsnorm en de wijze van beantwoording van de voorliggende rechtsvraag minder vanzelfsprekend is, er strengere eisen moeten worden gesteld aan de diepgang van de motivering.

Er lijken echter gradaties in het doortrekken te zijn. Deze hangen samen met de mate van autonomie die de Afdeling heeft. Allereerst zijn er gevallen waarin een toepasbare rechtsregel wel direct voorhanden lijkt te zijn,[74] doch de vraagt rijst of deze ook in dit bijzondere geval (bij de beantwoording van de in dit geval gerezen rechtsvraag) toepassing kan vinden. Een voorbeeld hiervan vormt de zaak *Apeldoorn,* waarin onder de reikwijdte van de regeling van artikel 6:18 en 6:19 Awb ook de gevallen worden gebracht waarin hangende bezwaar of beroep een besluit wordt genomen naar aanleiding van een daartoe strekkende aanvraag.[75] Wij zijn geneigd ook de zaak over het ADO-stadion zo te zien.[76] Daarin werd de reikwijdte van de in de rechtspraak uitgelegde regel van artikel 7, derde lid, aanhef en onder a, Besluit luchtkwaliteit in die zin uitgebreid dat onder 'ten minste gelijk blijven' ook 'een niet significante verslechtering' wordt verstaan. Andere voorbeelden bieden de zaken waarin de trechteringsjurisprudentie werd doorgetrokken naar de gevallen waarin een beroep wordt gedaan op rechtstreeks werkende bepalingen van Europees recht[77] en de uitspraak over de intrekking van het oorspronkelijk hoger beroep in relatie tot het beroep van rechtswege, waarbij de vraag voorlag of het beroep van rechtswege ook geldt en kan worden behandeld als het hoger beroep wordt ingetrokken.[78]

74 Het betreft de eerste twee verschijningsvormen van rechtsvorming, zie § 3.2.

75 ABRvS 23 maart 2005, nr. 200403172/1 (Apeldoorn), *LJN*: AT1998.

76 ABRvS 18 januari 2006, nr. 200507534/1 (ADO-stadion), *AB* 2006, 330 m.nt. A.B. Blomberg, *JM* 2006, 27 m.nt. De Vries.

77 ABRvS 21 juni 2006, 200508834/1 (Lopik), *AB* 2006, 339 m.nt. RW onder *AB* 2006, 338, *JB* 2006, 220.

78 ABRvS 19 juli 2006, nr. 200505837/1 (Alkmaar), *JB* 2006, 256.

Daarnaast noemen we afzonderlijk de gevallen waarbij er niet onmiddellijk een op dat geval toepasbare rechtsregel van toepassing lijkt te zijn en er een voor een ander geval geschreven rechtsnorm door middel van analogie ook in dit geval toepassing wordt gegeven. Er is in deze gevallen sprake van een hoge mate van rechterlijke autonomie.[79] Een voorbeeld vormt de zaak over het verwerken van beroepsrecht door degene die in een eerdere procedurele ronde die tot een vernietiging heeft geleid, verwijtbaar geen bezwaar heeft gemaakt of beroep heeft ingesteld.[80] Hier ontbrak een onmiddellijk voor de hand liggende rechtsnorm die op dit geval van toepassing was; immers artikel 6:13 Awb is niet voor dit geval geschreven. De Afdeling vindt de norm door een analoge toepassing van de regeling van artikel 6:13 Awb.[81] In wezen gaat het hier om een gekwalificeerde vorm van doortrekken.

Bij doortrekken van jurisprudentie is de diepte van de motivering van groot belang; naarmate de toepasbaarheid van de gevonden rechtsnorm op de voorliggende rechtsvraag minder vanzelfsprekend is, neemt de behoefte aan een uitgebreidere motivering toe. In veel andere gevallen is er een rechtsnorm waarvan zonder meer kan worden aangenomen dat hij toepassing vindt in het aan de rechter voorgelegde geschil, doch behoort die rechtsnorm in het licht van het feitencomplex waarop het geschil betrekking heeft, te worden uitgelegd. Bij het doortrekken van een jurisprudentielijn ligt dat wat anders. In de gevallen waarin die rechtsnorm voorhanden lijkt, maar de vraag rijst of deze ook in dit specieke geval toepassing behoort te vinden, dient de diepte van de motivering op de beantwoording van die vraag te zijn toegesneden: daar, op dat punt, moet de argumentatie zichtbaar zijn.

Wordt een lijn in de jurisprudentie doorgetrokken naar een aanverwante rechtsvraag via analogie, dan kunnen vergelijkbare opmerkingen worden gemaakt over de gewenste diepte van de motivering. De uitgangspositie is dan nog wat gecompliceerder: de rechter vindt geen voor de hand liggende regel, dat wil zeggen een regel die onmiddellijk toepasselijk is op het voorliggende geval. Er zal in zo'n geval allereerst een rechtsregel moeten worden gevonden, bijvoorbeeld via analogie, om deze vervolgens op het voorliggende feitencomplex toe te

79 Het betreft een variant van de derde verschijningsvorm van rechtsvorming, zie § 3.2.3.

80 ABRvS 24 januari 2007 (verwerking van beroepsrecht), nr. 200604541/1, *LJN*: AZ6874.

81 Vgl. ook ABRvS 13 augustus 2008, nr. 200705158/1 (pro forma zienswijzen), *AB* 2008, 312 m.nt. A.G.A. Nijmeijer, *BR* 2008, 184 m.nt. R.S. Wertheim, *JB* 2008, 202 en ABRvS 4 juni 2003, nr. 200205507/1 (Dirksland), *JB* 2003, 207.

passen. Dat lijkt te verklaren waarom in de gevallen waarin sprake is van het op deze wijze doortrekken van rechtspraak naar een verwante rechtsvraag, er behoefte is aan een diepe motivering, in die zin dat daaruit met name de argumentatie voor het uitbreiden van de reikwijdte van de rechtsregel naar verwante rechtsvragen moet blijken. In gevallen waarin een bestaande jurisprudentielijn wordt doorgetrokken, dient de wijze waarop dit gebeurt, te worden beargumenteerd.

Niet alleen de diepte van de motivering is van belang bij het doortrekken van een ingezette lijn, maar ook aan breedte van de uitspraak (te weten: de betekenis voor nieuwe gevallen), kan in zekere zin behoefte bestaan. Waar wij bij het voortzetten van een jurisprudentielijn reeds schreven behoefte te hebben aan een brede uitspraak, bestaat die behoefte aan een zekere breedte (namelijk door verwijzing) bij het doortrekken van een dergelijke lijn bijna a fortiori; duidelijk moet immers zijn wát er doorgetrokken wordt en daartoe is een plaatsbepaling ten opzichte van de bestaande regel als uitgangspunt gewenst. Een voorbeeld vormt de uitspraak over de status van de inhoudelijke beslissing op een aanvraag na gegrondverklaring van het bezwaar tegen de buitenbehandelingstelling ervan.[82] De Afdeling legt daarbij uitdrukkelijk een relatie met haar eigen jurisprudentie over de gesplitste beslissing op bezwaar.

12.3.2 Beperken van de reikwijdte van eerdere rechtspraak (nuanceren)

Waar het doortrekken van een lijn in de jurisprudentie naar een verwante rechtsvraag een uitbreiding van de reikwijdte van de rechtspraak tot gevolg heeft, leidt het nuanceren tot een beperking van die reikwijdte. De bestaande lijn in de rechtspraak blijft - anders dan bij omgaan of afwijken - in stand, doch de reikwijdte ervan wordt in meer of mindere mate beperkt. Dit is bijvoorbeeld aan de orde wanneer een uitzondering op de hoofdregel wordt aangenomen. Dit beschouwen wij als een eerste variant van nuanceren. Een voorbeeld vormt de zaak *Boomkwekerij Rendering e.a./Gelderland* waarin op de kort daarvoor in de jurisprudentie geïntroduceerde analoge toepassing van artikel 6:13 Awb een uitzondering werd aangenomen.[83] Zo ook in een vreemdelingenzaak waarin op de hoofdregel omtrent de aanvang van de termijn voor het instellen van hoger beroep voor dit geval (en mogelijk meerdere gevallen) een uitzondering wordt aangenomen zonder dat echt van omgaan of afwijken sprake lijkt te zijn.[84] Een

82 ABRvS 20 november 2006, nr. 200603727/1, *AB* 2007, 133 m.nt. I. Sewandono.

83 ABRvS 30 januari 2008, nr. 200701883/1 (Boomkwekerij Rendering e.a./Gelderland), *AB* 2008, 134 m.nt. A.G.A. Nijmeijer.

84 ABRvS 26 januari 2006, 200510423/1, *JB* 2006, 76.

vergelijkbaar geval biedt de uitspraak *Zeewolde*. Daarin werd een uitzondering voor rechtstreeks werkend EG-recht aangenomen op de zogenaamde *Medemblik*-jurisprudentie.[85]

In de hierboven beschreven gevallen wordt een uitzondering geformuleerd voor bepaalde situaties waarin de hoofdregel geen toepassing vindt. Een andere vorm van nuanceren is die waarbij de inhoud van de hoofdregel zelf wordt aangescherpt. Een voorbeeld vormt de zaak over processuele connexiteit bij zuivere schadebesluiten.[86] Hierin werd de jurisprudentiële regel van *Van Vlodrop* over processuele connexiteit verregaand aangescherpt doordat niet alleen connexiteit met een voor beroep bij dat college vatbaar schadeveroorzakend besluit was vereist, maar de rechtzoekende ook belanghebbend diende te zijn bij laatstgenoemd besluit. Daarmee werd de reikwijdte van de eigen jurisprudentiële regel beperkt. Een ander voorbeeld lijkt de uitspraak van 12 oktober 2007 over onmenselijke behandeling na *Salah Sheekh* te vormen.[87] Daarin versoepelde de Afdeling in het licht van de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak *Salah Sheekh* het individualiseringsvereiste.[88]

In de gevallen waarin de reikwijdte van de jurisprudentie wordt beperkt, menen wij dat er in het bijzonder behoefte bestaat aan breedte van de motivering. Als een hoofdregel wordt genuanceerd, vereist dat in het kader van de motivering allereerst zicht op de hoofdregel, die naar wij menen dan uit de uitspraak dient te blijken, waarna vervolgens behoort te worden aangegeven op welke wijze daarop een uitzondering wordt gemaakt. Wij menen met andere woorden dat een zeer brede uitspraak is aangewezen waarin de in de voorliggende zaak gekozen oplossing wordt gepositioneerd ten opzichte van het tot dan toe ontwikkelde leerstuk.

Wij menen dat de motivering in het geval van het nuanceren van een jurisprudentielijn diep behoort te zijn. Daaronder verstaan we in dergelijke gevallen dat een zichtbare, steekhoudende en logisch sluitende argumentatie wordt gegeven

85 ABRvS 12 maart 2003, nr. 200204044/1 (Zeewolde), *LNJ*: AF5647.

86 ABRvS 18 augustus 2004, nr. 200308517/1, *AB* 2004, 395 m.nt. NV, *JB* 2004, 345, *BR* 2005, 41 m.nt. B.P.M. van Ravels.

87 ABRvS 12 oktober 2007, nr. 200701023/1 (onmenselijke behandeling na *Salah Sheekh*), *AB* 2008, 106 m.nt. T.P. Spijkerboer, *JV* 2007, 530 m.nt. HBA.

88 EHRM 11 januari 2007, nr. 1948/04 *(Salah Sheekh v. The Netherlands)*, *AB* 2007, 76 m.nt. B.P. Vermeulen.

waarom in dit geval niet de hoofdregel toepassing vindt, maar er reden is voor het maken van een uitzondering respectievelijk voor het aanscherpen van de regel. Dat vergt naar onze indruk dat uitdrukkelijk een relatie wordt gelegd met de argumenten die dragend zijn voor de hoofdregel, waarvan de reikwijdte in dit geval wordt beperkt.

12.4 Terugkomen van eerdere rechtspraak (afwijken of expliciet omgaan)

Wij onderscheiden gevallen waarin sprake is van 'omgaan' en 'afwijken'. In alle gevallen is het effect hetzelfde: de Afdeling doet een uitspraak die niet in lijn is met haar eerdere jurisprudentie. We zien in de rechtspraak dat zij dit meer of minder expliciet doet. Soms is de Afdeling heel duidelijk door te overwegen dat zij *'anders dan voorheen, thans tot het oordeel komt dat (...)'*. In die gevallen spreken wij van 'omgaan'. In weer andere uitspraken wordt er wel van eerdere jurisprudentie afgeweken, maar lezen we in de uitspraak niet terug dat de Afdeling tot een ander oordeel komt dan voorheen in vergelijkbare gevallen. Alsdan spreken we van 'afwijken'.

De vraag is of de rechter een keuze heeft tussen expliciet omgaan of impliciet afwijken. Deze vraag ziet primair op de breedte van de uitspraak. Hoewel doorgaans bij 'omgaan' door de Afdeling dit expliciet wordt aangegeven, zien we in de Afdelingsjurisprudentie voorbeelden waarbij wel wordt afgeweken van eerdere rechtspraak, maar niet expliciet wordt omgegaan. Daar kan een verklaring voor bestaan.

Een eerste verklaring die wij aantroffen, is dat er soms wel sprake is van afwijken van een eerdere uitspraak, maar niet van omgaan omdat die eerdere uitspraak niet als een uitdrukking van een vaste lijn kan worden beschouwd, maar als een incident. Wij menen dit aan te treffen in de uitspraak over doorbreking van het appelverbod.[89] Ook bij recent nog langs de oude lijn gedane uitspraken bestaat sterk de neiging om niet expliciet om te gaan. Dat laatste, het bestaan van recent gevestigde jurisprudentie, zou een reden kunnen zijn geweest om niet expliciet om te gaan in de *Rugstreeppad*-uitspraak.[90] Een ander voorbeeld vormt de recente

89 ABRvS 11 februari 2005, nr. 200409153/1 (doorbreking appelverbod), *AB* 2005, 181 m.nt. BdeW, *JV* 2005, 136 m.nt. BKO, *JB* 2005, 99 m.nt. AMLJ.

90 ABRvS 3 augustus 2005, nr. 200409361/1 (rugstreeppad), *AB* 2006, 26 m.nt. AT Marseille, *JB* 2005, 279 m.nt. AJB.

uitspraak over de mogelijkheid tot het indienen van pro forma zienswijzen.[91] Ook daar werd, hoe men het ook wendt of keert, gebroken met de oude lijn, al beriep de Afdeling zich op de inwerkingtreding van een nieuw wettelijk kader (de Wet aanpassing uniforme openbare voorbereidingsprocedure), daarmee suggererend dat van omgaan geen sprake was. Een ander voorbeeld vormt de uitspraak over de toepassing van artikel 4:5 Awb.[92] Daar lag een principiële beslissing aan ten grondslag tot afwijken van wat voorheen de lijn was, maar omdat - in elk geval - de recente jurisprudentie inpasbaar was in de nieuwe lijn van 'wel bevoegd maar niet verplicht', werd bewust afgezien van omgaan. Het betrof een geval van afwijken; het behoefde niet als zodanig naar buiten te worden gebracht.

Ook kan het zijn dat de specifieke omstandigheden van het concrete geval aanleiding bieden af te wijken van de daarvoor gehanteerde lijn, maar nog niet is te overzien wat dit voor andere gevallen voor consequenties moet hebben. Ook in zo'n geval, zoals in *MEGA Projecten e.a./Noord-Holland*, wordt wel afgezien van expliciet omgaan.[93] Ook in de zaak over de aanvang van de hoger beroepstermijn deed zich de situatie voor dat er nog onvoldoende zicht bestond op mogelijk verschillende casusposities.[94] Mogelijk is de Afdeling ook in deze zaak om die reden niet expliciet omgegaan.

Soms lijkt de omstandigheid dat niet expliciet wordt omgegaan, ook te verklaren uit de procesrechtelijke context: als het punt opkomt in het kader van een ambtshalve toetsing, lijkt sneller de neiging te bestaan over het punt niets op te merken als partijen daarvan geen geschilpunt hebben gemaakt, zelfs als dat betekent dat wordt afgeweken van eerdere jurisprudentie zoals in de uitspraak over derden met een parallel belang.[95]

91 ABRvS 13 augustus 2008, nr. 200705158/1 (pro forma zienswijzen), *AB* 2008, 312 m.nt. A.G.A. Nijmeijer, *BR* 2008, 184 m.nt. R.S. Wertheim, *JB* 2008, 202.

92 ABRvS 16 juli 2008, nr. 200706919/1 (artikel 4:5 Awb), *JB* 2008, 196 m.nt. CLGFHA.

93 ABRvS 28 mei 2008, nr. 200608226/1 (MEGA Projecten e.a./Noord-Holland), *BR* 2008, 136, *JB* 2008, 175, *JM* 2008, 79 m.nt. Pieters.

94 ABRvS 26 januari 2006, 200510423/1, *JB* 2006, 76.

95 ABRvS 26 juli 2006, nr. 200508295/1 (Elburg), *LJN*: AY5097.

In enkele gevallen is het ons niet op voorhand duidelijk waarom niet expliciet wordt omgegaan, zoals in de uitspraak over de consequenties voor de toepassing van de artikelen 6:18 en 6:19 Awb bij intrekking van het hoger beroep.[96]

In weer andere gevallen gaat de Afdeling expliciet om, zoals in de zaak over de belanghebbendheid bij de weigering een bouwvergunning te verlenen,[97] de uitspraak over het beroepsrecht,[98] de uitspraak omtrent het besluitkarakter van de waarschuwing voor bestuurlijke maatregelen[99] en de geselecteerde uitspraken over legalisatie, verificatie en het besluitbegrip.[100] Markante voorbeelden zijn ook de vier uitspraken omtrent schadebesluiten[101] en natuurlijk de *Brummen*-uitspraak.[102]

Waar het gaat om de breedte van afwijkende uitspraken zijn wij van mening dat het uitgangspunt dient te zijn dat expliciet wordt aangegeven dat wordt omgegaan, wanneer daarvan sprake is. Alsdan is de uitspraak te kwalificeren als breed (genoeg). Er zijn echter gevallen waarin het geoorloofd kan zijn af te wijken zonder expliciet om te gaan. We denken dan in ieder geval aan de situaties waarin wordt afgeweken van een eerdere uitspraak die niet als een uitdrukking van een jurisprudentielijn, maar slechts als een incident moet worden gekwalificeerd. Datzelfde geldt voor de gevallen waarin er in een concreet geval behoefte bestaat een 'afwijkende' uitspraak te doen, maar de gevolgen daarvan voor andere zaken nog niet goed kunnen worden overzien. De aarzeling om in dat geval in de uitspraak expliciet aan te geven dat wordt omgegaan, valt goed te begrijpen. In

96 ABRvS 27 maart 2006, nr. 200507386/1, *AB* 2006, 211 m.nt. Sewandono, *JB* 2006/142 m.nt. AMLJ.

97 ABRvS 24 mei 2006, nr. 200504224/1 (Groesbeek), *AB* 2006, 228 m.nt. A.G.A. Nijmeijer, *JB* 2006, 212 m.nt. R.J.N.S. tevens *JB* 2006, 211.

98 ABRvS 23 augustus 2006, nr. 200507730/1 (LTO Noord/Zuid-Holland), *AB* 2006, 365 m.nt. A. van Hall, *BR* 2006, 1021 m.nt. A.G.A. Nijmeijer, *JB* 2001, 291 m.nt. R.J.N.S.

99 ABRvS 18 januari 2006, nr. 200409413/1 (Paradise/Den Haag), *AB* 2006, 122 m.nt. F.R. Vermeer, *JB* 2006, 56 m.nt. C.L.G.F.H.A en R.J.N.S.

100 ABRvS 8 september 2004, nr. 200304168/1, *AB* 2004, 329 m.nt. Sew; ABRvS 8 september 2004, nr. 200303055/1, *JB* 2004, 354 m.nt. EvdL.

101 ABRvS 20 augustus 2003, nr. 200300288/1 (Van Wijk Benzinestations), *AB* 2004, 139 m.nt. K.J. de Graaf; ABRvS 20 augustus 2003, nr. 200204388/1, *BR* 2004/76, p. 424 m.nt. JWvZ; ABRvS 20 augustus 2003, nr. 200204407/1 (Aalsmeer), *LNJ*: AI1217; ABRvS 20 augustus 2003, nr. 200204403/1 (Lingbeek), *JB* 2003, 265.

102 ABRvS 6 augustus 2003, nr. 200206222/1 (Brummen), *AB* 2003, 355 m.nt. P.A. Willemsen en RW, *JB* 2003, 216 m.nt. CLGFHA en RJNS.

andere gevallen bestaat voor die aarzeling weinig aanleiding. Dat geldt ook in de gevallen waarin het recent gevestigde of bevestigde jurisprudentie is. In die gevallen kan het formuleren van rechterlijk overgangsrecht of het gebruik van een *prospective overruling* uitkomst bieden, zoals in de *Brummen*-uitspraak is gedaan.[103]

Waar het gaat om de diepte van de uitspraak menen wij dat 'omgaan' bijzondere eisen met zich brengt. Indien de Afdeling het noodzakelijk vindt expliciet op bestaande jurisprudentie terug te komen, rust op haar een verzwaarde motiveringsplicht. Dat geldt a fortiori wanneer het recent gevestigde jurisprudentie betreft. Er is dan reden voor een zeer diepe, ofwel discursieve wijze van motiveren. Juist als de Afdeling omgaat, zou de beslissing in die uitspraak niet de indruk moeten wekken alsof ze vanzelfsprekend en zelfs onontkoombaar is en min of meer logisch uit de wet of het systeem van de wet voortvloeit. Uit de door ons bestudeerde uitspraken ontstaat het beeld dat de Afdeling in die gevallen veelal de gekozen oplossing in de beslissing voorop stelt met de mededeling dat zij daarmee terugkomt van haar eerdere jurisprudentie en deze oplossing vervolgens voorziet van argumenten. De uitspraak kan daarmee wel de kwalificatie diep verdienen, maar in de gevallen waarin de Afdeling expliciet omgaat, kan er reden zijn voor een meer discursieve betoogtrant die uitdrukking geeft aan het proces van wikken en wegen dat aan dergelijke uitspraken ten grondslag ligt. Bij 'omgaan' lijkt het aangewezen in de uitspraak de argumenten voor het nieuwe en het verlaten standpunt met elkaar te confronteren. Nog anders gezegd: de uitspraak zou soms uitdrukking moeten geven aan het debat dat is gevoerd alvorens tot de nieuwe lijn is gekomen. Het gaat er dan om niet uitsluitend argumenten te geven die pleiten voor de nieuwe lijn, maar ook aan te geven waarom die argumenten nu zwaarder wegen dan die destijds aan de keuze voor de oude lijn ten grondslag hebben gelegen.

13 In appel: relatie tot de rechtspraak van de rechtbanken

13.1 Opmerkingen vooraf

Een belangrijke en zekere differentiatiefactor is de relatie tussen de concrete voorliggende zaak en eerdere rechtbankuitspraken, zowel in die betreffende zaak als in andere vergelijkbare zaken. De aan de motiveringsplicht van de Afdeling in hoger beroep te stellen eisen worden, waar het de relatie tot de voorliggende

103 Zie over rechterlijk overgangsrecht meer in het bijzonder § 18.

uitspraak van de rechtbank betreft, ten eerste bepaald door de (rechtsvormende) keuze die in de rechtbankuitspraak is gemaakt en ten tweede door de vraag of de uitspraak van de rechtbank wordt bevestigd dan wel vernietigd.

In het onderzoeksmodel in § 9 stelden we de door de rechtbank gemaakte keuze centraal en onderscheidden we een viertal deelfactoren onder de noemer 'relatie tot de rechtspraak van de rechtbanken': (1) de rechtbank heeft de Afdeling gevolgd, (2) de rechtbank heeft de Afdeling niet gevolgd, (3) de rechtbank heeft uitspraak gedaan zonder duidelijk verband met rechtspraak van de Afdeling en (4) de variant dat de kwestie bij meerdere, onderling divergerende rechtbanken speelt. We maken vervolgens onderscheid tussen de situatie waarin de Afdeling de keuze van de rechtbank bevestigt (en het beroep ongegrond verklaart) en de situatie waarin ze deze keuze verwerpt (en hetzij het beroep gegrond verklaart en de uitspraak vernietigt, hetzij de uitspraak in stand laat met verbetering van gronden). Waar de Afdeling de door de rechtbank gemaakte keuze bevestigt, besteden we in het bijzonder aandacht aan hetgeen dit betekent voor de door de Afdeling tot dan toe gevolgde lijn.

13.2 De rechtbank heeft de eerdere rechtspraak van de Afdeling gevolgd

In onze analyse van de jurisprudentie kwamen wij verschillende gevallen tegen waarin de rechtbank de eerdere rechtspraak van de Afdeling - impliciet of expliciet - heeft gevolgd. In zo'n geval zal de Afdeling het oordeel van de rechtbank doorgaans bevestigen. Er is dan in beginsel geen sprake van rechtsvorming. In een enkel geval kan het echter zo zijn dat de Afdeling het oordeel van de rechtbank niet bevestigt en daarmee terugkomt van haar eigen rechtspraak (dan hebben we te maken met een geval van 'afwijken' of 'omgaan') of de reikwijdte van deze rechtspraak beperkt (we noemen dat het nuanceren van de eerdere rechtspraak).

Als de Afdeling in hoger beroep het oordeel van de rechtbank bevestigt, is er in beginsel minder behoefte aan een uitgebreide en diepgaande motivering. Dat geldt in ieder geval wanneer de rechtbank met haar uitspraak reeds eerder door de Afdeling ingezette rechtspraak volgt. Dan kan de Afdeling met een relatief korte motivering volstaan, wanneer ze nog steeds achter haar eigen rechtspraak staat en vindt dat de rechtbank aan deze rechtspraak op juiste wijze toepassing heeft gegeven. Toch geldt ook hier dat wel enige eisen mogen worden gesteld aan de diepte (kenbaarheid van de argumentatie) en de breedte (betekenis voor

nieuwe gevallen) van de uitspraak. Een voorbeeld is de zaak *Noordwijk*.[104] Aan de orde was in deze zaak de vraag of de latere vernietiging met terugwerkende kracht van een aan de bouwvergunning verbonden voorwaarde tot gevolg moet hebben dat het van voor die vernietiging daterende besluit tot handhaving van die voorwaarde onrechtmatig moet worden geacht. De Afdeling overwoog:

> "Bij vernietiging van een besluit door de rechter worden de rechtsgevolgen van dat besluit in beginsel ongedaan gemaakt met terugwerkende kracht tot het tijdstip waarop het besluit werd genomen. De rechtbank heeft terecht en op goede gronden overwogen dat het handhavingsbesluit niet is aan te merken als een rechtsgevolg van de onderliggende bouwvergunning, zodat het niet voor vernietiging in aanmerking komt op de enkele grond dat de aan de onderliggende bouwvergunning verbonden voorwaarde is vernietigd. Nu ten tijde van het nemen van het handhavingsbesluit de bouwvergunning rechtsgeldig in werking was, vloeit daaruit voort dat ook de aan die vergunning verbonden voorwaarde diende te worden nageleefd. Gelet hierop heeft de rechtbank het handhavingsbesluit terecht niet onrechtmatig geacht op de enkele grond dat de voorwaarde met terugwerkende kracht geacht moet worden niet aan de bouwvergunning te zijn verbonden."

Het betreft hier welbeschouwd een geval van het voortzetten van de jurisprudentielijn door de Afdeling.[105] De keuze van de Afdeling voor een 'kale bevestiging' wordt zorgvuldig uitgeschreven, maar men kan zich afvragen of een verwijzing naar eerdere jurisprudentie van de Afdeling de uitspraak niet meer kracht had bijgezet. De eisen zoals wij die hebben gesteld bij de onderscheiden varianten van voortzetten en vasthouden,[106] lijken van overeenkomstige toepassing te zijn op deze gevallen.

Het is ook mogelijk dat de rechtbank eerdere rechtspraak van de Afdeling volgt, maar de Afdeling in hoger beroep haar eigen rechtspraak nuanceert en tot een vernietiging komt. In dat geval is een uitgebreidere motivering vereist dan wanneer zij haar eerdere rechtspraak en daarmee de uitspraak van de rechtbank zou hebben bevestigd.[107] Anders wordt het wanneer de rechtbank de recht-

104 VzABRvS 6 juni 2007, nr. 200605982/1 (Noordwijk), *AB* 2007, 230 m.nt. A.G.A. Nijmeijer, *JB* 2007, 137 m.nt. R. Ortlep.

105 Vgl. ABRvS 19 juni 2002, nr. 200103451/2 (Buren), *AB* 2002, 266 m.nt. MPJ.

106 § 7.5.1 en § 14.2.

107 Zie § 14.3.

spraak van de Afdeling expliciet volgt, zoals in de zaak *Van Wijk bezinestations/ Besliscommissie*[108] en in *Paradise/Den Haag*,[109] en de Afdeling terugkomt van haar eerdere rechtspraak (en zoals in laatstgenoemde zaak: van rechtspraak van een ander college). In deze gevallen is er sprake van een geval van 'terugkomen'. Dat impliceert naar onze mening dat de eisen die wij hiervoor stelden aan gevallen waarin deze differentiatiefactor zich voordoet, van overeenkomstige toepassing zijn.[110] Terecht doet de Afdeling daarom in de zaak *Paradise/Den Haag* een zeer brede uitspraak, waarin ook wordt verwezen naar de eerdere lijn inzake het besluitkarakter van een waarschuwing.

> "Anders dan voorheen, bijvoorbeeld in de uitspraak van 8 september 2004, no. 200308336/1 (gepubliceerd in AB 2005, nr. 107), is de Afdeling thans van oordeel dat een waarschuwing die is gebaseerd op een op schrift gesteld en bekendgemaakt beleid en die volgens dat beleid vooraf moet gaan aan het mogelijk opleggen van een zwaardere bestuurlijke maatregel, niet kan worden aangemerkt als een besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Awb. Een waarschuwing als hier bedoeld, die geen wettelijke grondslag heeft, brengt geen wijziging in de rechtspositie van degene die wordt gewaarschuwd. Betrokkene wordt daarbij geen verplichting opgelegd, doch hij wordt slechts gewezen op een reeds bestaande verplichting, noch wordt hem enig recht onthouden. Met het vaststellen en voeren van een beleid om voorafgaande aan zwaardere maatregelen eerst een waarschuwing te doen uitgaan, bindt het bestuursorgaan zichzelf bij de uitoefening van zijn handhavingsbevoegdheden. Blijft een waarschuwing achterwege dan kan de betrokkene in bezwaar en beroep tegen het rauwelings genomen handhavingsbesluit het gevoerde beleid inroepen en aan zo'n besluit tegenwerpen. Voorts is in aanmerking genomen dat op een wel gegeven waarschuwing niet steeds een besluit tot handhaving volgt. Dit is immers afhankelijk van de constatering, binnen de geldingsduur van de waarschuwing, van een volgende overtreding en van de uitkomst van de beoordeling of sprake is van bijzondere feiten en omstandigheden op grond waarvan het in het voorliggende geval aangewezen is, af te wijken van het beleid om bij een volgende overtreding tot het opleggen van een zwaardere maatregel over te gaan. Wordt een waarschuwing gevolgd door

108 ABRvS 20 augustus 2003, nr. 200300288/1 (Van Wijk Benzinestations), *AB* 2004, 139 m.nt. K.J. de Graaf.

109 ABRvS 18 januari 2006, nr. 200409413/1 (Paradise/Den Haag), *AB* 2006, 122 m.nt. F.R. Vermeer, *JB* 2006, 56 m.nt. C.L.G.F.H.A en R.J.N.S.

110 Zie § 14.4.

het opleggen van een zodanige maatregel, in dit geval tot (tijdelijke) sluiting van de inrichting, dan kan betrokkene gebruik maken van de tegen dat besluit openstaande rechtsmiddelen en in dat kader aanvoeren dat dit besluit niet is voorafgegaan door een rechtmatig gegeven waarschuwing."

In de zaak *Van Wijk bezinestations/Besliscommissie* was de vraag aan de orde, welke rechter bevoegd is te oordelen over een zelfstandig verzoek om schadevergoeding in verband met een beweerdelijk schadeveroorzakend besluit, waarin een nadeelcompensatiebepaling is opgenomen en de procedurebepalingen van een nadeelcompensatieregeling van overeenkomstige toepassing zijn verklaard, en waartegen bij de Afdeling in eerste en enige aanleg beroep openstaat. Is dit de Afdeling in eerste en enige aanleg of de rechtbank met hoger beroep op de Afdeling? De Afdeling overweegt:

"Anders dan voorheen is de Afdeling van oordeel dat tegen een beslissing op bezwaar inzake de afwijzing van een aanspraak ontleend aan de in het aanwijzingsbesluit opgenomen schaderegeling, geen rechtstreeks beroep bij haar openstaat. Art. 21 lid 1 van het aanwijzingsbesluit dient, nu op grond van de wet geen bevoegdheid tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften omtrent schadevergoeding aan de Minister van Verkeer en Waterstaat toekomt, te worden aangemerkt als een beleidsregel, als bedoeld in art. 1:3 lid 4 Awb. Die bepaling biedt daarmee een grondslag voor nadeelcompensatie."

De reikwijdte van de uitspraak wordt kennelijk bewust in het vage gehouden, wat ook de betekenis voor andere gevallen nog in het midden laat, al blijkt uit de beslissing dat de zaak vooralsnog moet worden teruggestuurd naar de rechtbank, duidelijk het oordeel dat met het zelfstandig schadebesluit niet is beoogd de algemene regel inzake bevoegdheid te wijzigen. De Afdeling motiveert diepgaand waarom zij thans tot een ander oordeel komt. Nu de rechtbank in eerste aanleg tot een ander oordeel is gekomen, kan gelet op de controlefunctie van het hoger beroep wellicht wat meer op de argumentatie van de rechtbank worden ingegaan.

13.3 De rechtbank heeft de eerdere rechtspraak van de Afdeling niet gevolgd

Er zijn gevallen waarin de rechtbank eerdere rechtspraak van de Afdeling niet volgt. Daarbij zijn verschillende varianten denkbaar: (1) de rechtbank heeft impliciet of expliciet een afwijkende uitspraak gedaan of (2) zij is (veelal impliciet) van de jurisprudentie van de Afdeling afgeweken door expliciet bij rechtspraak van een andere hoogste rechter aan te sluiten.

In deze gevallen is grosso modo een tweetal reacties van de Afdeling denkbaar: een bevestiging of een vernietiging van de uitspraak van de rechtbank.[111]
In het eerste geval volgt de Afdeling de rechtbank en komt daarmee terug van haar eigen jurisprudentie; we hebben dan te maken met een geval van 'omgaan', wanneer dit expliciet gebeurt. In het tweede geval corrigeert de Afdeling de rechtbank en blijft zij haar eigen lijn volgen. In die gevallen is er bijna als vanzelfsprekend sprake van 'vasthouden' aan (te onderscheiden van: voortzetten van[112]) de eigen lijn; er is immers met de afwijkende rechtbankuitspraak wel de nodige druk komen te staan op het blijven volgen van de eerder ingezette jurisprudentielijn. Dat heeft mogelijk gevolgen voor de eisen die aan de motivering dienen te worden gesteld, conform de hiervoor gedane aanbeveling voor motivering bij 'vasthouden'.

13.3.1 De rechtbank heeft eerdere, gevestigde jurisprudentie van de Afdeling niet (goed) gevolgd (ook wel: het 'beschaafde schouderduw of flying tackle'- dilemma)

Stel: de Afdelingsrechtspraak is gevestigd en mag bekend worden verondersteld en toch laat de rechtbank na deze rechtspraak te volgen. Indien de Afdeling wenst vast te houden aan de eigen rechtspraak, roept dat de vraag op hoe 'stevig' de reactie van de Afdeling dient te zijn. Deze situatie plaatst de Afdeling voor het dilemma dat men in voetbaltermen zou kunnen omschrijven als het 'beschaafde schouderduw of *flying tackle*'-dilemma.

We zijn in ons onderzoek verschillende voorbeelden tegengekomen. Wij menen dat een brede uitspraak, met verwijzing naar de *leading case*, het meest tegemoet komt aan de bij het juridisch forum levende behoefte aan helderheid. Een dergelijke uitspraak behoeft geen diepere motivering. De ernst van het dilemma schuilt in de verhouding tussen de rechter in eerste aanleg en de appelrechter. Wanneer gevestigde jurisprudentie toch niet zo helder is als was verondersteld, lijkt het zinvol nogmaals op haar bestaan te wijzen door haar aan te halen.

Interessant is de opbouw van de uitspraak van de Afdeling inzake het overgangsrecht van de Wet kosten bestuurlijke voorprocedures.[113] De wet zelf bevat geen overgangsrecht voor de wijziging van artikel 7:15 Awb (kosten bezwaar), wel

111 Artikel 42 Wet RvS.

112 Zie § 7.5.1 en § 14.3.

113 ABRvS 13 oktober 2004, nr. 200401416/1, *AB* 2005, 68 m.nt. CMB, *JB* 2004, 374, *JB* 2005, 74 m.nt. NV.

voor de wijziging van artikel 8:75 Awb. De Afdeling overweegt in deze uitspraak expliciet dat de rechtbank ten onrechte aansluiting heeft gezocht bij artikel 7:15 Awb en voegt daar aan toe dat zij in een eerdere met zoveel woorden genoemde uitspraak van een andere benadering blijk heeft gegeven.

> ”De Afdeling merkt in dit verband nog op dat de rechtbank ter zake van het bij de beslissing op bezwaar afgewezen verzoek om vergoeding van kosten die appellante heeft gemaakt in de bezwaarprocedure, ten onrechte aansluiting heeft gezocht bij artikel 7:15 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), zoals dit sedert 12 maart 2002 luidt. Zoals onder meer is overwogen in de uitspraak van 4 juni 2003 in zaak no. 200205507/1, gepubliceerd in JB 2003/207, heeft het overgangsrecht neergelegd in artikel III van de Wet van 24 januari 2002 tot wijziging van de Awb met betrekking tot de kosten van bezwaar en administratief beroep (kosten bestuurlijke voorprocedures), hierna: de wet van 24 januari 2002 - ingevolge waarvan artikel 8:75 van de Awb, zoals dit luidde voor het tijdstip van inwerkingtreding van de wet van 24 januari 2002, van toepassing blijft, indien het besluit waartegen bezwaar kan worden gemaakt of administratief beroep kan worden ingesteld voor het tijdstip van inwerkingtreding van de wet van 24 januari 2002 is genomen - eveneens te gelden ten aanzien van artikel 7:15 Awb. Nu de wet van 24 januari 2002 op 12 maart 2002 in werking is getreden, dus nadat het primaire besluit van 13 maart 2001 was genomen, is in dit geval het gewijzigde artikel 7:15 Awb niet van toepassing. Bij de nieuw te nemen beslissing op bezwaar zal de minister opnieuw op het verzoek om vergoeding van de in bezwaar gemaakte kosten moeten beslissen.”

De uitspraak is naar wij menen terecht breed door verwijzing naar eerdere rechtspraak.

Deze beschaafde schouderduw bleef uit in een uitspraak over het besluitkarakter van de referentenbeslissing en de betekenis van de *Brummen*-jurisprudentie.[114] Een referentenbeslissing is een reactie op een verzoek te adviseren dat aan een vreemdeling een machtiging tot voorlopig verblijf kan worden verleend. In haar uitspraak van 12 januari 2004 had de Afdeling geoordeeld dat een dergelijke beslissing niet langer als een besluit gold, maar als een advies.[115] In de onderhavige

114 ABRvS 6 augustus 2003, nr. 200206222/1 (Brummen), *AB* 2003, 355 m.nt. P.A. Willemsen en RW, *JB* 2003, 216 m.nt. CLGFHA en RJNS (Onberoepen gebleven (uitdrukkelijk en zonder voorbehoud verworpen) beroepsgronden)

115 Zie ABRvS 12 januari 2004, nr. 200306128/1, *AB* 2004, 61, *JV* 2004, 82 m.nt. PB.

zaak had de rechtbank in een eerdere uitspraak geoordeeld dat de referentenbeslissing een besluit behelsde. In die uitspraak vernietigde de rechtbank het besluit van de minister. De minister berustte en nam een nieuw besluit, wederom in het nadeel van de vreemdeling. In de uitspraak waartegen hoger beroep bij de Afdeling was ingesteld - en die wij in ons onderzoek betrokken - oordeelt de rechtbank dat er in die (tweede) procedure van moet worden uitgegaan dat de referentenbeslissing een besluit is, ondanks de uitspraak van de Afdeling van 12 januari 2004. Tegen de eerdere uitspraak waren geen rechtsmiddelen aangewend. De uitspraken van de Afdeling in *Brummen* en *Sevenum* indachtig[116], overweegt de rechtbank dat het haar ten aanzien van onderwerpen van openbare orde waarover zij ambtshalve een oordeel dient te vellen, in het bijzonder de onderwerpen die de toegang tot de rechtsbescherming betreffen, niet vrijstaat in de tweede bodemzaak anders te oordelen dan in de eerste bodemzaak.[117] De Afdeling oordeelt dat de rechtbank terecht heeft vastgehouden aan haar eerder gegeven oordeel, doch komt op andere gronden tot die beslissing. Dat Brummen hier naar het oordeel van de Afdeling geen betekenis had en de rechtbank op dat punt dus in feite werd gecorrigeerd, kan men in haar uitspraak niet lezen. De Afdeling overweegt:

> "De Afdeling is van oordeel dat de rechtbank terecht heeft vastgehouden aan hetgeen zij over de tegen het gestelde in de brief van 31 juli 2002 openstaande rechtsgang in de eerste procedure ambtshalve heeft geoordeeld en in de uitspraak van 24 juli 2003, die gezag van gewijsde heeft verkregen, geacht moet worden te hebben beslist. Uit die uitspraak vloeide de gehoudenheid voort van de minister om in dit geval een inhoudelijk besluit te nemen op het bezwaar van de vreemdeling tegen de afwijzing van het verzoek van de referente om te adviseren dat aan hem een mvv kan worden verleend. De rechtszekerheid die is gediend met eerbiediging van de oordelen vervat in de in rechte onaantastbare uitspraak van 24 juli 2003 dient te prevaleren boven toepassing in deze zaak van de hangende de beoordeling in rechte van het hernieuwde besluit gewijzigde rechtspraak inzake het rechtskarakter van adviezen als die waarop de brief van 31 juli 2002 betrekking heeft."

116 ABRvS 11 december 2002, nr. 200201748/1 (Sevenum), *AB* 2003, 466 m.nt. Wertheim; ABRvS 6 augustus 2003, nr. 200206222/1 (Brummen), *AB* 2003, 355 m.nt. RW, *JB* 2003, 216 m.nt. C.L.G.FH.A en R.J.N.S

117 In *Sevenum* had de Afdeling geoordeeld dat de bestuursrechter, na expliciet te hebben vastgesteld dat eisers belanghebbenden waren bij een vrijstelling en een bouwvergunning en het beroep ongegrond had verklaard, bij een nieuw beroep ervan moest uitgaan dat eisers belanghebbenden waren omdat niet van wijzigingen van belangen was gebleken.

Wij menen dat in gevallen als deze vanwege de verhouding tussen de rechter in eerste aanleg en de appèlrechter een beschaafde schouderduw – met toelichting – de voorkeur had verdiend. Een dergelijke uitspraak behoeft in het algemeen niet noodzakelijkerwijs een zeer diepe motivering. Het geheel afpellen van de argumentatie van de rechtbank lijkt niet aangewezen, tenzij in een geval als de hierboven besproken uitspraak inzake het besluitkarakter van de referentenbeslissing.

Naast de gevallen waarin de rechtbank impliciet – al dan niet omdat zij zich de Afdelingsjurisprudentie niet voldoende heeft gerealiseerd – de rechtspraak van de Afdeling niet volgt, kan het voorkomen dat de rechtbank expliciet daarvan afstand neemt. Een voorbeeld biedt de uitspraak van de Rechtbank Den Bosch van 12 oktober 2007:

> ”Het vorenstaande brengt mee dat, voor zover uit de jurisprudentie van de ABRS voortvloeit dat bij de beoordeling van boetebesluiten op grond van de Wav een andere, minder indringende toets wordt aangelegd dan welke de rechtbank heeft aangelegd in haar uitspraken van 26 maart 2007, de rechtbank er niet van overtuigd is dat laatstbedoelde uitspraken geen navolging meer verdienen.”[118]

Interessant is in dit verband ook een recente uitspraak van de Rechtbank Utrecht, die overigens geen directe stelling neemt tegen de rechtspraak van de Afdeling of van andere hoogste colleges:

> ”De rechtbank merkt op dat door de hoogste bestuursrechters verschillend wordt geoordeeld over de vraag of het enkele ontbreken van een rechtsmiddelenclausule leidt tot de conclusie dat de termijnoverschrijding verschoonbaar is. De Centrale Raad van Beroep (onder meer de uitspraak van 29 februari 2001, www.rechtspraak.nl, LJN: ZB8777) en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (onder meer de uitspraak van 8 mei 2001, www.rechtspraak.nl, LJN: AB1706) hanteren als uitgangspunt dat het enkele ontbreken van een rechtsmiddelenverwijzing niet tot de conclusie kan leiden dat de termijnoverschrijding verschoonbaar is. Het

118 Rb Den Bosch 12 oktober 2007, nr. AWB 06/4429 (Poolse schilders), *AB* 2007, 402 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, r.o. 26. Deze zaak valt overigens buiten de selectie van jurisprudentie voor dit onderzoek. Vgl. § 9.

college van Beroep voor het bedrijfsleven (onder meer de uitspraak van 13 januari 2004, www.rechtspraak.nl, LJN: AO2300) en de Hoge Raad (onder meer de uitspraak van 7 december 2007, www.rechtspraak.nl, LJN: BB9541) hanteren daarentegen als uitgangspunt dat het ontbreken van een rechtsmiddelenverwijzing wel kan leiden tot de conclusie dat de termijnoverschrijding verschoonbaar is. De rechtbank acht onwenselijk dat rechtszoekenden worden geconfronteerd met tegenstrijdige beslissingen van de bestuursrechter.
De rechtbank ziet zich dan ook voor de vraag gesteld welk uitgangspunt moet gelden indien een rechtsmiddelenverwijzing ontbreekt. De rechtbank stelt voorop dat het antwoord op de vraag of een termijnoverschrijding verschoonbaar is, afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. De rechtbank is van oordeel dat het ontbreken van een rechtsmiddelenverwijzing dan ook niet onder alle omstandigheden leidt tot verschoonbaarheid van de termijnoverschrijding."[119]

In die gevallen menen wij dat een 'stevige' uitspraak van de Afdeling aangewezen is als zij meent vast te moeten houden aan haar eigen rechtspraak.[120] Er is in een dergelijk geval in de kern sprake van een gekwalificeerde vorm van bevestigen van de eigen jurisprudentie, een bijzondere vorm van vasthouden.[121] Dit stelt dienovereenkomstige eisen aan de uitspraak. In de terminologie van ons onderzoeksmodel: in termen van diepte mag meer van de Afdeling worden verlangd. Daartoe uitgedaagd door de rechtbank kan zij, naar wij menen, niet volstaan met haar eigen redenering tegenover die van de rechtbank te plaatsen: in deze gevallen lijkt ons een confrontatie van argumenten wenselijk.

Meent de Afdeling tenslotte een impliciet van haar eerdere jurisprudentie afwijkende rechtbankuitspraak te moeten bevestigen, dan is er in feite sprake van een geval van terugkomen van eerdere rechtspraak. Een voorbeeld hiervan is de uitspraak in een zaak over belanghebbendheid bij weigering van een bouwvergunning.[122] De Afdeling overwoog:

119 Rb Utrecht 13 januari 2009, SBR 07/2376, *AB* 2009, 139 m.nt. R. Ortlep.

120 Vgl. echter ABRvS 16 juli 2008, nr. 200708104/1, *JB* 2008,196 m.nt. C.L.G.F.H.A.

121 Vgl. § 7.5.1 en § 14.3.

122 ABRvS 24 mei 2006, nr. 200504224/1 (Groesbeek), *AB* 2006, 228 m.nt. A.G.A. Nijmeijer, *JB* 2006, 212 m.nt. R.J.N.S. tevens *JB* 2006, 211.

> ”De Afdeling heeft eerder geoordeeld, zie bijvoorbeeld de uitspraak van 6 juli 2005 in zaak no. 200410416/1 (AB 2005, 278), dat bij een besluit om een vrijstelling of bouwvergunning te weigeren slechts het belang van de aanvrager rechtstreeks is betrokken. Met het oog op de positie in de procedure van derden die een aan de aanvrager tegengesteld belang hebben, ziet de Afdeling echter - met verwijzing naar haar uitspraak van 22 december 2004 in zaak no. 200403113/1 (AB 2005, 97) - aanleiding anders te oordelen. De Afdeling is van oordeel dat ook derden die kenbaar hebben gemaakt dat zij zich verzetten tegen een besluit tot verlening van een bouwvergunning, in bezwaar- en beroepsprocedures die betrekking hebben op een besluit dat strekt tot weigering van een vrijstelling of bouwvergunning, als belanghebbenden in de zin van artikel 1:2, eerste lid, van de Awb kunnen worden aangemerkt indien aan de vereisten van deze bepaling wordt voldaan. Dit neemt niet weg dat die derden in de regel geen rechtens te beschermen belang hebben bij herroeping van een dergelijk weigeringsbesluit en dus daartegen niet zelf kunnen opkomen.
>
> [Verzoeker] en anderen zijn, als eigenaren van vakantievilla’s in het villapark waar het bouwplan betrekking op heeft, als belanghebbenden te beschouwen in de zin van artikel 1:2, eerste lid, van de Awb. De rechtbank heeft derhalve terecht geoordeeld dat appellant hen in strijd met artikel 7:2, eerste lid, van de Awb niet in de gelegenheid heeft gesteld om in het kader van de behandeling van de bezwaren van [vergunninghouder] te worden gehoord alvorens tot een van het primaire besluit afwijkend besluit te komen.”

De Afdeling geeft nadrukkelijk en onder verwijzing naar eerdere jurisprudentie aan dat zij in deze zaak ’omgaat’. Ook al bevestigt de Afdeling in een dergelijk geval de uitspraak van de rechtbank, zij kan niet volstaan met een kale bevestiging. In een geval waarin er sprake is van omgaan, wordt er meer van haar verlangd. Wij beschreven hiervoor welke consequenties deze differentiatiefactor heeft voor de eisen die aan de motivering dienen te worden gesteld. Die eisen gelden in het hier bedoelde geval evenzeer.

13.3.2 De rechtbank heeft de Afdeling niet gevolgd, maar wel een andere hoogste bestuursrechter

Deze variant was aan de orde in *Brummen*.[123] De rechtbank had in deze zaak niet de rechtspraak van de Afdeling gevolgd, maar uitdrukkelijk wel die van een andere hoogste bestuursrechter, de Centrale Raad van Beroep.[124] De Afdeling bevestigt de keuze van de rechtbank en wijkt daarmee af van haar eigen rechtspraak.[125] De Afdeling geeft een zeer brede uitspraak, waarin ze zelfs rechterlijk overgangsrecht creëert. Ze bevestigt weliswaar de aangevallen uitspraak, maar komt ook terug van haar eerdere rechtspraak én ze doet iets nieuws, in de zin dat ze een (door haar eerder, bij gebrek aan een direct voorhanden zijnde rechtsnorm[126], gecreëerde) regel van rechtersrecht wijzigt. Om al deze redenen had wellicht een meer discursieve wijze van motiveren voor de hand gelegen, temeer daar het om terugkomen van recent bevestigde jurisprudentie ging.[127] De uitspraak is diep, want de argumentatie is kenbaar en steekhoudend, maar de reden voor koersverandering ten opzichte van haar eigen jurisprudentie blijven wat onderbelicht, alsmede de relatie tot de rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep.

In het onderzoek zijn we ook gestuit op een variant van de zojuist beschreven differentiatiefactor. In een van de uitspraken over immateriële schadevergoeding bij overschrijding van de redelijke termijn[128] had de rechtbank in een situatie waarin de Afdeling zich over dit punt nog niet eerder had uitgelaten, de rechtspraak van een ander hoogste rechtscollege (de Centrale Raad van Beroep) op

123 ABRvS 6 augustus 2003, nr. 200206222/1 (Brummen), *AB* 2003, 355 m.nt. P.A. Willemsen en RW, *JB* 2003, 216 m.nt. CLGFHA en RJNS.

124 CRvB 16 april 1999, nr. 97/7438 AAW, *JB* 1999, 125 m.nt. EvdL; CRvB 6 december 2000, nr. 98/1053 AAW/WAO, *USZ* 2001, 35

125 ABRvS 23 maart 1995, nr. H01.94.0037 (Sociëteit Amicitia), *AB* 1996, 262 m.nt. PvB, BR 1995, 494, *JB* 1995, 104

126 De Awb geeft immers geen afzonderlijke regel voor wat rechtens is wanneer eiser (nadat de rechtbank een besluit heeft vernietigd, terwijl zij tegelijk een of meer beroepsgronden van de eiser verwerpt) in een nieuw beroep bij de rechtbank tegen een nieuw bestuursbesluit dat niet geheel tegemoetkomt aan zijn wensen beroepsgronden opnieuw aan de orde stelt die de rechtbank in de eerste beroepsprocedure had verworpen.

127 ABRvS 23 oktober 2002, nr. 200104500/1 (Autobedrijf Doorten Pesse), *AB* 2003, 303 m.nt. RW en P.A. Willemsen, *JB* 2002, 358.

128 ABRvS 6 juni 2007, nr. 200608140, *AB* 2007, 220 m.nt. A.M.L. Jansen, *JB* 2007, 144 m.nt. C.L.G.F.H.A.

datzelfde punt gevolgd.[129] De Afdeling sluit zich in haar uitspraak aan bij de door de rechtbank gevolgde jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep. In dergelijke gevallen ligt het voor de hand dat wordt verwezen naar de jurisprudentie waarbij de Afdeling zich aansluit. Het is voor de rechtsontwikkeling immers van belang dat de argumentatie niet onnodig verschillend is van die van de rechter die wordt gevolgd (in dit geval de rechtbank en de Centrale Raad van Beroep). Argumenten die door de andere hoogste rechter zijn gehanteerd, zouden idealiter terug te vinden moeten zijn in de motivering van de Afdeling. Indien bepaalde argumenten niet overtuigend worden geacht, zou dat goed gemotiveerd dienen te worden aangegeven in de uitspraak. In die zin opteren wij voor wat we in ons onderzoeksmodel noemden een zeer diepe motivering.

Gevallen waarin de rechtbank niet de rechtspraak van de Afdeling heeft gevolgd, maar uitdrukkelijk wel die van een andere hoogste bestuursrechter, waarna de Afdeling deze uitspraak vernietigt, zijn wij niet tegengekomen. Dat zal zich ook niet licht voordoen. En al helemaal niet zonder vooroverleg met de andere hoogste rechter. Wij menen dat als dat geval zich wel zou voordoen, sprake is van een gekwalificeerde vorm van bevestigen, in wezen een bijzondere vorm van vasthouden die noopt tot een discursieve wijze van motivering.

13.4 De rechtbank heeft uitspraak gedaan zonder duidelijk verband met de rechtspraak van de Afdeling

Hiervoor hebben wij gevallen beschreven waarin de rechtbank een beslissing nam die afweek van geldende jurisprudentie van de Afdeling (of van een andere hoogste bestuursrechter). In deze paragraaf komen wij te spreken over een categorie van gevallen waarin er van geldende jurisprudentie van de Afdeling - en van een andere hoogste bestuursrechter - nog geen sprake is en de rechtbank zelf een rechtsvormende keuze maakt. Het kan in deze gevallen ook gaan om een nieuwe rechtsvraag ten aanzien van een bestaande rechtsnorm. Voor de Afdeling gaat het daar om gevallen van bevestigen of vernietigen, zonder dat sprake is van aan eigen jurisprudentie gerelateerde differentiatiefactoren als voortzetten, vasthouden of omgaan. Beide varianten roepen de vraag op naar de aan de motivering te stellen eisen.

Aan een uitgebreide en diepgaande motivering bestaat zeker behoefte, wanneer de Afdeling tot een ander oordeel komt dan de rechtbank in eerste aanleg en de rechtbank een eigen rechtsvormende keuze heeft gemaakt, zeker wanneer niet op

129 CRvB 7 juli 2006, nr. 04/3938 WAO, *AB* 2007, 221 m.nt. A.M.L. Jansen.

directe wijze een op dat geval toegesneden rechtsnorm voorhanden was.[130] In dat geval ligt het op de weg van de Afdeling om goed gemotiveerd aan te geven op basis van welke argumenten zij tot een ander oordeel komt. Daarbij verdient het aanbeveling om niet enkel een eigen argumentatie op te zetten die uiteindelijk uitmondt in het oordeel dat de uitspraak van de rechtbank dient te worden vernietigd. Wij bepleiten dat de Afdeling in dergelijke gevallen expliciet reageert op de argumenten die de rechtbank tot een eigen, andersluidend oordeel hebben gebracht. Dit past ook bij de controlefunctie van het hoger beroep: de Afdeling oordeelt niet primair over het bestreden besluit aan de hand van de in hoger beroep aangevoerde gronden, maar beoordeelt in het licht van die beroepsgronden de uitspraak van de rechtbank. Dit vereist enige dialoog tussen de argumentatie van de Afdeling en die van de rechtbank.

In het geval de rechtbank een eigen rechtsvormende keuze maakt die de Afdeling niet deelt, pleiten wij voor een zeer diepe motivering. Dit was het geval in een uitspraak over de geloofwaardigheid van de ontvangstbevestiging.[131] Een niet-aangetekende brief met termijnstelling voor herstelverzuim van de gronden van het bezwaarschrift bereikt de geadresseerde niet tijdig. De gemachtigde van de geadresseerde, een vreemdeling, heeft met het postkantoor afgesproken dat post in een postzak wordt gedeponeerd en niet in de postbus waarvan het nummer was opgegeven aan het bestuursorgaan. De aan de orde zijnde rechtsvraag luidt als volgt: komen de gevolgen van het niet-nakomen van de afspraak tussen het postkantoor en de gemachtigde en het als gevolg van die afspraak niet controleren door de gemachtigde van de inhoud van de postbus voor risico van de cliënt? Ofwel, heeft de gemachtigde de tijdige ontvangst van de brief op niet geloofwaardige wijze ontkent? De ene mogelijke opvatting is dat gevolgen van de niet nagekomen afspraak en het niet controleren van postbus voor risico van de vreemdeling komen. De door de gemachtigde van de vreemdeling gemaakte keuze om de postbezorging op andere wijze te laten plaatsvinden staat centraal. De gevolgen van problemen bij de nakoming dienen voor risico van de vreemdeling te komen. De andere mogelijke opvatting luidt dat de genoemde gevolgen voor rekening van de minister komen. Daar ligt de nadruk op de fout van TPG. Deze optie heeft de rechtbank in eerste aanleg gevolgd. De Afdeling oordeelt als volgt:

130 Vgl. § 3.2.3.

131 ABRvS 25 mei 2005, nr. 200500599/1, *JV* 2005, 265.

> ”Het geschil spitst zich toe op de vraag of de deponering in de postbus, op of kort na 8 april 2004, tot het oordeel leidt dat de vreemdeling de brief op dat moment heeft ontvangen. De Afdeling beantwoordt deze vraag bevestigend. De gemachtigde heeft erop vertrouwd dat de postbezorging op andere wijze plaatsvindt dan door deponering in de door hem in het bezwaarschrift van 30 maart 2004 als adres vermelde postbus. De gevolgen van de voormelde problemen van de niet-nakoming van de desbetreffende afspraak dienen daarom voor risico van de vreemdeling te komen. Dit zou anders kunnen zijn, indien van de gemachtigde geen verdere inspanningen hadden kunnen worden gevergd om te verzekeren dat de naar de postbus verzonden post hem zou bereiken, dan deze heeft verricht. Nu de gemachtigde echter de inhoud van zijn postbus niet heeft gecontroleerd, hoewel gesteld noch gebleken is dat hij daartoe niet in staat was, is daarvan geen sprake.”

De Afdeling maakt een andere keuze inzake de geloofwaardigheid van een ontvangstbevestiging dan de rechtbank, maar gaat op de argumentatie van de rechtbank niet expliciet in. Iets soortgelijks deed zich voor bij de motivering van de uitspraak van de Afdeling van 20 februari 2009 waar de vraag aan de orde was of het niet tijdig ingediend hebben van bedenkingen door degene die pas na het verstrijken van de daartoe gegeven termijn woonachtig is geworden in het plangebied, verschoonbaar is.[133] Het gaat in deze zaak om de interpretatie van de uitzonderingsclausule van artikel 6:13 Awb in het licht van de in deze concrete zaak voorliggende feiten. De Afdeling geeft bij de uitleg van de uitzonderingsclausule van artikel 6:13 Awb allereerst een beschrijving van de feiten:

> ”Op grond van de stukken is komen vast te staan dat het ontwerpplan ter inzage heeft gelegen vanaf 8 december 2005 en het vastgestelde plan vanaf 6 juli 2006. (Appellant sub 1) is, blijkens de stukken en het verhandelde ter zitting, bij openbare inschrijving op 27 december 2006, en derhalve geruime tijd na afloop van de periode waarin het ontwerpplan respectievelijk het vastgestelde plan ter inzage heeft gelegen, eigenaar geworden van een aantal percelen die zijn gelegen binnen het plangebied.”

Waar een beschrijving van de feiten overgaat in het toepassen van het recht op de voorliggende feiten, krijgt de uitspraak een wat apodictisch karakter:

133 ABRvS 20 februari 2008, nr. 200701692/1 (Alkemade), *BR* 2008, 564 m.nt. W.J. Bosma.

"Naar het oordeel van de Afdeling kan (appellant sub 1) in dit geval redelijkerwijs niet worden verweten geen zienswijzen en bedenkingen naar voren te hebben gebracht. Het beroep is dan ook ontvankelijk."

Een ander voorbeeld betreft de uitspraak over de belanghebbendheid van derden met tegengesteld belang van 22 december 2004.[134] De voorzieningenrechter van de rechtbank meent dat derden niet als partij dienen te worden aangemerkt in een procedure tegen een vrijstelling als bedoeld in artikel 19 WRO (oud). Deze derden worden niet rechtstreeks in hun belangen geraakt door deze vrijstelling, maar pas door een daarmee verleende vergunning. De motivering van de voorzieningenrechter luidde aldus:

"Betrokkenen hebben als omwonenden uiteraard een belang bij een eventueel aan verzoeker te verlenen bouwvergunning en zijn in de eerdere procedures omtrent een bouwvergunning ook betrokken, maar in de onderhavige procedure gaat het niet om de verlening van een bouwvergunning maar om de daaraan voorafgaande vraag of de daarvoor benodigde vrijstelling verleend kan worden. Nu die vrijstelling bij het bestreden besluit is geweigerd is er voor Van Bemmel en Slobbe geen concreet, rechtstreeks bij het besluit betrokken, belang aan te wijzen. Hun belang bij een vanuit stedenbouwkundig en welstandstechnische aspecten, acceptabele invulling van hun woonomgeving staat niet in direct verband met het besluit tot weigering van de gevraagde vrijstelling."[135]

De Afdeling komt tot een ander oordeel: er is sprake van tegengestelde belangen, waardoor omwonenden als gevolg van een vernietiging in een nadeliger positie kunnen komen te verkeren. Ze overweegt:

"Het belang van appellanten, die direct omwonenden zijn, is tegengesteld aan dat van wederpartij. Immers, de in bezwaar gehandhaafde weigering om vrijstelling als vorenbedoeld te verlenen, strookt met hun wens. Het door wederpartij bij de rechtbank ingestelde beroep kan ertoe leiden, zoals ook in casu is gebeurd, dat het in het bezwaar gehandhaafde weigeringsbesluit wordt

134 ABRvS 22 december 2004, nr. 200403113/1 (Ambt Montfort), *AB* 2005, 97, m.nt. TN onder *AB* 2005, 98.

135 Voorzieningenrechter Rb Roermond 5 maart 2004, nr. 04/40 en 40/167 WRO V1 (Ambt Montfort), niet gepubliceerd.

> vernietigd, waardoor appellanten in een nadeligere positie komen te verkeren. Appellanten dienen in een dergelijk geval in de gelegenheid gesteld te worden hun belangen bij de instandhouding van de geweigerde vrijstelling bij de rechter naar voren te kunnen brengen."

De motivering lijkt enigszins voorbij te gaan aan het punt dat de rechtbank aan diens uitspraak ten grondslag legt: er is geen *rechtstreeks* belang. Daarop uitdrukkelijk ingaan zou de motivering hebben versterkt.

In sommige gevallen treffen we die dialoog wel aan. In haar uitspraak over de Koenigscollectie van 31 januari 2007 gaat de Afdeling uitdrukkelijk en uitvoerig in op de argumentatie zoals die door de rechtbank is gehanteerd.[136] In deze zaak deed zich de vraag voor of de weigering van de staatssecretaris tot teruggave van schilderijen en tekeningen als een besluit kon worden aangemerkt. De minister was van mening dat zulks niet het geval was en had om die reden het bezwaar niet-ontvankelijk verklaard. De rechtbank was tot het oordeel gekomen dat het wel degelijk een besluit betrof. Naar het oordeel van de rechtbank betreft het hier een publieke taak om de tijdens de oorlog verloren gegane bezittingen te recupereren en terug te geven aan de rechthebbenden. Het uitgewerkt zijn van het Besluit herstel rechtsverkeer doet hier niet aan af. De bestreden weigering deelt in het hoofdzakelijk publiekrechtelijke karakter van de wijze waarop verweerder naar internationale normen en volgens de wens van het parlement heden ten dage met zijn bevoegdheid tot het bieden van rechtsherstel dient om te gaan. De Afdeling komt tot een ander oordeel. Zij gaat daarbij in op de overwegingen die aan de uitspraak van de rechtbank ten grondslag hebben gelegen:

> "De rechtbank heeft miskend dat het schrijven van 10 december 2003 niet een op enig publiekrechtelijk rechtsgevolg gericht besluit bevat, noch een weigering zodanig besluit te nemen. De staatssecretaris, thans de minister, beschikt ter zake van de kunstwerken waarvan (verzoeker) de teruggave heeft verzocht, niet over bijzondere, in het publiekrecht geregelde, bevoegdheden. Met name valt geen bevoegdheid aan te wijzen om een besluit te nemen waardoor voor de Staat de verplichting ontstaat om de kunstvoorwerpen, voor zover de Staat die onder zich heeft, aan (verzoeker) af te geven of waardoor voor (verzoeker) aanspraak op zodanige afgifte ontstaat; ook aan ter zake geldende internationale normen valt een dergelijke bevoegdheid niet

136 ABRvS 31 januari 2007, nr. 200605289/1 (Koenigscollectie), *AB* 2007, 120 m.nt. H. Peters.

af te leiden, reeds omdat die normen zich over een keuze tussen de publiekrechtelijke en de privaatrechtelijke behandeling van verzoeken om teruggave niet uitlaten. Indien de Staat tot afgifte aan [verzoeker] zou overgaan van de kunstvoorwerpen waarom deze heeft verzocht, zou dat niet geschieden ter nakoming van enige uit een publiekrechtelijke handeling van de staatssecretaris voortvloeiende verplichting daartoe. Dat, zoals de rechtbank heeft overwogen, na afloop van de Tweede Wereldoorlog het Besluit herstel rechtsverkeer mogelijk in zodanige verplichting heeft voorzien, leidt niet tot een ander oordeel. De bij dat besluit in het leven geroepen Stichting Nederlandsch Kunstbezit en Raad voor rechtsherstel zijn inmiddels opgeheven, de laatste bij Rijkswet van 9 maart 1967. Nadien is geen nieuwe regeling ter zake van rechtsherstel vastgesteld, ook niet bij gelegenheid van de in 1997 en 2001 door de staatssecretaris ingestelde adviescommissies. Het staat (verzoeker) overigens vrij een vordering tot teruggave van de kunstwerken bij de burgerlijke rechter in te stellen, indien zij meent dat de Staat daartoe verplicht is."

Er zijn gevallen waarin de rechtbank zelf een rechtsvormende keuze maakt, doch dit in het kader van een ambtshalve toetsing/beoordeling doet.[137] In dergelijke gevallen ligt naar onze mening een meer discursieve wijze van motiveren niet voor de hand en kan worden volstaan met de basisvereisten voor een kenbare, steekhoudende motivering. Aan een zeer diepe motivering is evenmin behoefte indien de Afdeling de door de rechtbank gemaakte rechtsvormende keuze bevestigt. Een kale bevestiging achten wij echter doorgaans onbevredigend: idealiter komen de door de rechtbank gehanteerde argumenten terug in de motivering van de Afdeling en indien zij bepaalde argumenten niet overtuigend acht, wordt dat goed gemotiveerd aangegeven in de uitspraak.

Er zijn gevallen waarin de rechtbank een uitspraak van een andere hoogste bestuursrechter niet heeft gevolgd op een punt waarover de Afdeling nog geen rechtspraak heeft gevormd. Deze gevallen laten zich vanuit het perspectief van de Afdeling dus niet kwalificeren in de door ons gehanteerde termen van 'voortzetten', 'vasthouden' of 'omgaan'. Hoe met een dergelijk geval om te gaan?

137 Zie bijvoorbeeld ABRvS 19 november 2003, nr. 200302858/3, niet gepubliceerd; ABRvS 10 maart 2004, nr. 200301457/1, *AB* 2004, 314 m.nt. WdO; ABRvS 25 februari 2004, nr. 200306300/1, *AB* 2004, 286 m.nt. Sew.

In een uitspraak waarin de Afdeling haar rechtspraak over processuele connexiteit bij het zelfstandig schadebesluit aanscherpt,[138] had de rechtbank een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep links laten liggen. De Afdeling sluit expliciet aan bij de Centrale Raad van Beroep:

> "Gelet op hetgeen is overwogen in de uitspraak van de Afdeling van 6 mei 1997 in zaak no. H01.96.0578/Q01 (AB 1997, 229), is de bestuursrechter slechts bevoegd kennis te nemen van het beroep tegen een zuiver schade-besluit, indien die rechter dat ook is ten aanzien van de schadeveroorzakende uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheid zelf. Indien derhalve tegen de schadeveroorzakende uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheid geen beroep bij de bestuursrechter kan worden ingesteld, staat ook geen beroep open tegen een besluit naar aanleiding van een verzoek om vergoeding van schade die daardoor is veroorzaakt. Een wettelijke belemmering in de bevoegdheid van de bestuursrechter kennis te nemen van een beroep tegen de schadeveroorzakende uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid, werkt aldus door in zijn bevoegdheid kennis te nemen van een beroep tegen een naar aanleiding van die bevoegdheidsuitoefening genomen schadebesluit. Tegen het gestelde schadeveroorzakende besluit stond voor belanghebbenden bezwaar, beroep en vervolgens hoger beroep bij de Afdeling open.
> Zoals de Centrale Raad van Beroep heeft overwogen in zijn uitspraak van 26 september 2003, in zaak nos. 00/2944 en 00/5193 NABW (JB 2003/349), is aan het vereiste van zogenoemde processuele connexiteit echter niet reeds voldaan door het enkele feit dat het schadeveroorzakende besluit als zodanig vatbaar is voor bezwaar en beroep. Tegen een zelfstandig schadebesluit kan alleen ontvankelijk bezwaar worden gemaakt door degene die ook ontvankelijk bezwaar heeft gemaakt of had kunnen maken tegen het - gestelde - schadeveroorzakende besluit."

Wanneer de Afdeling aansluit bij de rechtspraak van een andere hoogste bestuursrechter, lijkt het gewenst dat zij in haar motivering verwijst naar de uitspraak van dit andere college. De gewenste diepte van de motivering wordt dan bepaald vanuit een tweetal invalshoeken. Allereerst zijn er de argumenten die de rechtbank heeft gehanteerd maar die naar het oordeel van de Afdeling niet van doorslaggevende betekenis zijn. Wij menen dat aan die argumenten niet voorbij kan worden gegaan, maar dat van de Afdeling bij het doen van een rechtsvormende

138 ABRvS 18 augustus 2004, nr. 200308517/1, *AB* 2004, 395 m.nt. NV, *JB* 2004, 345, *BR* 2005, 41 m.nt. B.P.M. van Ravels.

keuze mag worden verwacht dat zij het debat met die argumenten aangaat. Daarnaast zijn er de argumenten van de andere hoogste rechter die pleiten voor de beslissing die de Afdeling in dit geval wenst te nemen. Het is, zoals hiervoor reeds is aangegeven, voor de rechtsontwikkeling van belang dat de argumentatie niet onnodig verschillend is; argumenten die door de andere hoogste rechter zijn gehanteerd, behoren om die reden niet in het midden te worden gelaten. Idealiter komen de door die andere rechter gehanteerde argumenten terug in de motivering van de Afdeling, of wordt indien zij bepaalde argumenten niet overtuigend achtte, dat goed gemotiveerd aangegeven in de uitspraak.

Waar de Afdeling een andere keuze maakt dan het andere hoogste rechtscollege, ligt het voor de hand voor een zeer diepe motivering te kiezen. Men mag immers in dat geval van de Afdeling verwachten dat zij een afweging maakt tussen de argumenten die het andere college dreef tot zijn beslissing en haar eigen argumenten om daarvan af te wijken. Die afweging behoort zichtbaar te zijn in de motivering. Dit is in het belang van de rechtsontwikkeling. Wat betreft de breedte - de betekenis voor andere, nieuwe gevallen - zou een dergelijke uitspraak de trekken van een brede tot zeer brede uitspraak moeten vertonen: duidelijke verwijzing naar de jurisprudentie van de andere hoogste bestuursrechter lijkt op zijn plaats. Waar het gaat om de formulering van de regel, zouden we willen verwijzen naar wat we hiervoor onder 'omgaan' hebben geschreven: er zijn gevallen denkbaar waarin de consequenties van een algemene regel nog niet kunnen worden overzien en deswege wordt afgezien van het geven van zo'n regel. Uitgangspunt zou naar onze mening echter moeten zijn dat de motivering tamelijk brede trekken vertoont.

13.5 De kwestie speelt bij meerdere, soms divergerende rechtbanken (en de Afdeling wil een richting bepalen of de knoop doorhakken)

Een variatie op de hiervoor beschreven categorie van gevallen is die waarbij de rechtbank een uitspraak heeft gedaan zonder duidelijk verband met de rechtspraak van de Afdeling, met de bijzonderheid dat deze kwestie niet bij één rechtbank speelt doch bij meerdere. De uitgangspositie is dus niet zoveel anders dan die daar genoemd, zij het dat aan een rechtsvormende beslissing door de Afdeling nog meer behoefte bestaat en de druk om een dergelijke uitspraak te doen toeneemt. Deze druk op de Afdeling wordt nog wat opgevoerd in een situatie waarin verschillende rechtbanken reeds tot divergerende uitspraken zijn gekomen.

In al deze gevallen geldt dat van de Afdeling een richtinggevende uitspraak wordt verwacht. Wij menen dat hier aan de breedte van de uitspraak hoge eisen mogen

worden gesteld. In deze situatie zou de rechterlijke beslissing niet alleen een algemene regel moeten geven, maar ook waar mogelijk een leerstuk in zijn context moeten plaatsen. Als voorbeeld kan dienen de Afdelingsuitspraak inzake divergerende rechtbankjurisprudentie met betrekking tot de toepassing van artikel 6:13 Awb bij samenloop van de bezwaarprocedure en de procedure van afdeling 3.4 Awb *(Slochteren)*.[139] Daarin heeft de Afdeling welbewust een richtinggevende uitspraak gedaan, die naar onze mening als zeer breed heeft te gelden. Datzelfde geldt voor de door ons bestudeerde uitspraak over legalisatie, verificatie en het besluitbegrip.[140]

Bij de gevallen dat eenzelfde rechtsvraag bij meerdere rechtbanken speelt en al dan niet tot divergerende rechterlijke uitspraken hebben geleid, zijn verschillende varianten denkbaar. De eerste variant is dat de Afdeling aansluit bij een door de rechtbank in de concrete voorliggende zaak genomen beslissing waarbij geen sprake is van divergerende jurisprudentie. Daar hebben we naar onze mening te maken met een geval zoals we dat hiervoor ook reeds besproken hebben: een rechtsvormende keuze door de rechtbank die door de Afdeling wordt gevolgd. We merkten daar op dat behoefte bestaat aan een motivering, waarin de door de rechtbank gehanteerde argumenten terugkomen in de motivering van de Afdeling waarbij de Afdeling, indien zij bepaalde argumenten niet overtuigend acht, zulks goed gemotiveerd in de uitspraak aangeeft.

De tweede variant is die waarbij er evenmin sprake is van divergerende jurisprudentie tussen de rechtbanken, maar de Afdeling een beslissing neemt die afwijkt van die van de rechtbank. Ook dan geldt wat in de voorgaande paragraaf is opgemerkt over de situatie dat de rechtbank een rechtsvormende keuze maakt maar daarin niet wordt gevolgd door de Afdeling. Om redenen als daar genoemd menen wij dat een zeer diepe motivering wordt verlangd waarbij het komt tot een dialoog.

Wordt dit beeld nu wezenlijk anders indien er sprake is van divergerende jurisprudentie op rechtbankniveau ten aanzien van dit concrete punt? Er is in dat geval per definitie sprake van afwijken van de ene rechtbank en waarschijnlijk ook van het volgen van de andere. Dat betekent dat de motivering vanuit een

139 ABRvS 4 juli 2007, nr. 200703198/1 (Slochteren), *AB* 2007, 274 m.nt. J. Robbe, *JB* 2007, 151, *BR* 2007, 669 m.nt. A.G.A. Nijmeijer.

140 ABRvS 8 september 2004, nr. 200304168/1, *AB* 2004, 329 m.nt. Sew; ABRvS 8 september 2004, nr. 200303055/1, *JB* 2004, 354 m.nt. EvdL.

tweetal invalshoeken wordt bepaald. Allereerst zijn er de argumenten die de ene rechtbank heeft gehanteerd maar die naar het oordeel van de Afdeling niet van doorslaggevende betekenis zijn. Wij menen dat aan die argumenten niet voorbij kan worden gegaan, maar dat van de Afdeling bij het doen van een richtinggevende uitspraak mag worden verwacht dat zij het debat over die argumenten aangaat. Daarnaast zijn er mogelijk argumenten gegeven door een andere rechtbank die pleiten voor de beslissing die de Afdeling in dit geval wenst te nemen. Het is, zoals hiervoor reeds meermalen aangegeven, voor de rechtsontwikkeling van belang dat de argumentatie die door de rechtbank is gehanteerd, niet in het midden worden gelaten.

Idealiter komen de door die andere rechter gehanteerde argumenten terug in de motivering van de Afdeling en wordt, indien zij bepaalde argumenten niet overtuigend acht, dat goed gemotiveerd aangegeven in de uitspraak. Wij pleiten in gevallen van divergerende rechtbankjurisprudentie derhalve, ongeacht of de Afdeling de rechtbank die de in hoger beroep voorliggende uitspraak heeft gedaan wel of niet volgt, voor een zeer diepe motivering.

14 Relatie tot rechtspraak van andere (hoogste) rechters

Waaraan dient de motivering van uitspraken te voldoen, wanneer de Afdeling - los van de onderliggende rechtbankuitspraak - ten aanzien van een rechtsvraag waarover zij zich nog niet eerder heeft uitgelaten, aansluit bij de rechtspraak van andere (hoogste) rechterlijke colleges en wanneer zij een lijn van een ander college aanscherpt of nuanceert?

Wat betreft de breedte geldt dat een expliciete verwijzing naar eerdere rechtspraak van een andere hoogste (bestuurs)rechter noodzakelijk is als daarbij wordt aangesloten. In ons onderzoek zijn wij verschillende gevallen tegengekomen waarin de Afdeling een andere hoogste rechter volgt. In een van de door ons bestudeerde uitspraken over immateriële schadevergoeding bij overschrijding van de redelijke termijn[141] haalt de Afdeling expliciet de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens aan als rechtsbron voor de door haar te nemen beslissing. Dat niet expliciet naar de jurisprudentie van de

141 ABRvS 6 juni 2007, nr. 200608140, *AB* 2007, 220 m.nt. A.M.L. Jansen, *JB* 2007, 144 m.nt. C.L.G.F.H.A.

Centrale Raad van Beroep wordt verwezen, die eerder al in een dergelijk geval een gelijke beslissing had genomen[142], achten we onder die omstandigheden goed verdedigbaar. Wij kwalificeerden deze uitspraak dan ook als breed. Van een verwijzing naar rechtspraak van een andere hoogste (bestuurs)rechter was ook sprake in de reeds besproken uitspraak over de referentenbeslissing.[143] We misten echter een verwijzing naar de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep in de uitspraak over herstelverzuim ex artikel 6:6 Awb.[144] In de zaak *Bluswerkzaamheden Haarlem*, waarin de vraag voorlag of de *Pikmeer*-jurisprudentie van de Hoge Raad over strafrechtelijke immuniteit van een openbaar lichaam als bedoeld in hoofdstuk 7 van de Grondwet[145] dient te worden doorgetrokken naar het punitieve bestuursrecht, zagen we wél weer een expliciete verwijzing naar een andere hoogste rechter.[146] Datzelfde gold voor de uitspraak van de Afdeling van 18 februari 2004 over de processuele connexiteit en belanghebbendheid bij zuivere schadebesluiten,[147] de uitspraak van 25 februari 2004 waarin het erom ging of de rechtbank ten onrechte niet ambtshalve had onderzocht of de Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie de aanvraag van een vreemdeling wel had beoordeeld aan de hand van het beleid neergelegd in de Vreemdelingencirculaire 2000[148] en de uitspraak van 5 januari 2005 over het beslismandaat in bezwaar.[149]

Waar niet of niet een op een wordt aangesloten bij rechtspraak van een ander college, ligt dit mogelijk anders. Hetgeen wij beschreven onder de noemer 'beschaafde schouderduw of *flying tackle*' doet zich ook hier voor.[150] Daarbij komt nog dat in de hier beschreven gevallen de uitspraak van de andere hoogste rechter - anders dan bij een afwijkende rechtbankuitspraak - niet voorwerp van geding is in het hoger beroep voor de Afdeling en zij er dus niet over heeft te

142 Zie CRvB 07 juli 2006, 04/3938 WAO, *AB* 2007, 221 m.nt. A.M.L. Jansen.

143 ABRvS 8 september 2004, nr. 200304168/1, *AB* 2004, 329 m.nt. Sew; ABRvS 8 september 2004, nr. 200303055/1, *JB* 2004, 354 m.nt. EvdL.

144 ABRvS 25 mei 2005, nr. 200408856/1, *LJN*: AT6168.

145 HR 6 januari 1998, *AB* 1998, 45 m.nt. ThGD, *NJ* 1998, 367 m.nt. JdH (Pikmeer II).

146 ABRvS 22 november 2006, nr. 200600200/1 (Bluswerkzaamheden Haarlem), *AB* 2007, 25 m.nt. APW Duijkersloot, *JB* 2007, 11 m.nt. C.L.G.F.H.A.

147 ABRvS 18 augustus 2004, nr. 200308517/1, *AB* 2004, 395 m.nt. NV, *JB* 2004, 345, *BR* 2005, 41 m.nt. B.P.M. van Ravels.

148 ABRvS 25 februari 2004, nr. 200306300/1, *AB* 2004, 286 m.nt. Sew.

149 ABRvS 5 januari 2005, nr. 200400393/1 (Sittard-Geleen), *AB* 2005, 168 m.nt. HBr, *JB* 2005, 64 m.nt. EvdL.

150 Vgl. § 13.3.1.

oordelen. Toch is stilzwijgende afwijken vanuit een oogpunt van rechtsontwikkeling en rechtseenheid minder duidelijk. Er moeten immers goede redenen zijn om tot een ander oordeel te komen en niet volledig aan te sluiten bij de jurisprudentie van het andere college; daarop kort ingaan versterkt in het algemeen de motivering. Bij het ten dele aansluiten, het als het ware 'aanscherpen' of 'nuanceren' van de rechtspraak van het andere college wordt de uitspraak van het andere college als vertrekpunt genomen voor de redenering en ook dat dient op een voor de buitenwacht kenbare wijze te gebeuren. Dat betekent dus een verwijzing naar deze jurisprudentie.

Is duidelijk geen sprake van aansluiten bij (het 'afwijken van') een andere hoogste rechter, dan menen wij – zoals hiervoor aangegeven[151] – dat een expliciete verwijzing afhangt van de vraag of de uitspraak als het ware als 'omgaan' kan worden gekwalificeerd (dan is een verwijzing naar onze mening aangewezen) of enkel als 'afwijken'.[152] In dat laatste geval kan het gevoelen bestaan dat in dit geval zo moet worden beslist, maar voor de Afdeling zelf ook nog niet duidelijk is of dit een algemene regel impliceert. Het is dan wat voorbarig expliciet aan te geven dat wordt afgeweken van eerdere rechtspraak van een ander college. Ook kan het zich voordoen dat sterk de indruk bestaat dat een uitspraak van een ander college die niet wordt gevolgd, geen uitdrukking geeft aan een algemene lijn van dat college.

Wat de diepte ofwel de argumentatie betreft, kunnen we voor een belangrijk deel aansluiten bij opmerkingen die we hiervoor reeds maakten. Als de Afdeling aansluit bij de rechtspraak van andere colleges, zien we in de diepte van de motivering variatie: uitspraken waarin de gemaakte rechtsvormende keuze slechts met redenen is omkleed[153], en uitspraken die diep zijn, dat wil zeggen dat de motivering kenbaar is en steekhoudend.[154] Wij menen dat met een diepe motivering kan worden

151 Zie § 15.4.2.

152 Vgl. § 7.5.3.

153 ABRvS 18 augustus 2004, nr. 200308517/1, *AB* 2004, 395 m.nt. NV, *JB* 2004, 345, *BR* 2005, 41 m.nt. B.P.M. van Ravels; ABRvS 25 mei 2005, nr. 200408856/1 (herstel verzuim), *LJN*: AT6168.

154 ABRvS 8 september 2004, nr. 200304168/1, *AB* 2004, 329 m.nt. Sew; ABRvS 8 september 2004, nr. 200303055/1, *JB* 2004, 354 m.nt. EvdL; ABRvS 25 februari 2004, nr. 200306300/1, *AB* 2004, 286 m.nt. Sew; ABRvS 5 januari 2005, nr. 200400393/1 (Sittard-Geleen), *AB* 2005, 168 m.nt. HBr, *JB* 2005, 64 m.nt. EvdL.; ABRvS 22 november 2006, nr. 200600200/1 (Bluswerkzaamheden Haarlem), *AB* 2007, 25 m.nt. APW Duijkersloot, *JB* 2007, 11 m.nt. C.L.G.F.H.A; ABRvS 6 juni 2007, nr. 200608140, *AB* 2007, 220 m.nt. A.M.L. Jansen, *JB* 2007, 144 m.nt. C.L.G.F.H.A.

volstaan. Van debat over de door die andere rechter gehanteerde argumenten die in een andere richting wijzen, is geen sprake. Wel is het, we merkten dat hiervoor ook reeds op, van belang dat niet bepaalde argumenten die door dat andere college zijn gehanteerd, in het midden worden gelaten.

Waar de Afdeling nuanceert of aanscherpt, kunnen vergelijkbare opmerkingen worden gemaakt. Een diepe motivering is van belang, maar volstaat. Er wordt beargumenteerd waarom een bepaalde nuance of aanscherping nodig wordt geacht.

Waar de Afdeling tot een andere beslissing komt dan voordien een andere hoogste rechter, heeft dat mogelijk consequenties voor de diepte van de motivering. Wij menen dat het aanbeveling verdient om in gevallen waarin een bewuste keuze wordt gemaakt om een andere benadering te kiezen dan het andere college eerder heeft gedaan, een confrontatie van argumenten is aangewezen. Dit is naar onze mening een situatie die vergelijkbaar is met de gevallen waarin de Afdeling 'omgaat'.[155] Wordt er daarentegen weliswaar afgeweken, maar niet direct met de pretentie in abstracto een andere benadering te kiezen, of wordt, zoals in *Paradise/ Den Haag*[156], getwijfeld of een enkele en reeds oude uitspraak wel uitdrukking geeft aan de jurisprudentielijn van dat andere college, dan kan naar onze mening worden volstaan met een 'gewoon' diepe motivering.

15 Aard van het recht

In § 7.8 noemden we de aard van het recht als een mogelijk differentiatiefactor. Daarbij namen we de kring van rechten ruim: zowel, in navolging van Vranken, het aantasten of afnemen van rechten die de primaire levensbehoeften betroffen, zoals wonen, werken en inkomen, als andere grondrechten en mensenrechten. De door ons gehanteerde selectiemethode, waarbij we ons in beginsel concentreerden op uitspraken die in het JVZO zijn besproken en daarmee worden verondersteld van rechtsvormende aard te zijn, leidde ertoe dat de in artikel 6 EVRM neer-

155 Zie hiervoor in § 12.4.

156 ABRvS 18 januari 2006, nr. 200409413/1 (Paradise/Den Haag), *AB* 2006, 122 m.nt. F.R. Vermeer, *JB* 2006, 56 m.nt. C.L.G.F.H.A en R.J.N.S.

gelegde processuele rechten relatief veel voorkwamen.[157] Rechten verbonden met wonen, werken en inkomen zijn we niet tegengekomen[158], maar wel het discriminatieverbod van vrouwen in de politiek en openbaarheid[159], het recht op respect voor het privéleven,[160] het discriminatieverbod en het recht op gelijkheid[161], het recht van habeas corpus[162] en het folterverbod.[163] Wij zijn op zoek gegaan naar het antwoord op de vraag, wanneer de aard van het recht andere, zwaardere eisen aan de motivering impliceert.

Een goed aanknopingspunt biedt de uitspraak *SGP/Minister van BZK* waarin de Afdeling stond voor rechtsvormende keuzen aangaande het discriminatieverbod van vrouwen in de politiek en openbaarheid ex artikel 7 VN Vrouwenverdrag.[164] Naast breed zijn delen van deze uitspraak zeer diep. Bijvoorbeeld ten aanzien van de wezenlijke rechtsvraag of artikel 7 VN Vrouwenverdrag afweging tussen het gelijkheidsbeginsel en het kiesrecht enerzijds en andere grondrechten anderzijds toestaat, bezigt de Afdeling een discursieve wijze van motivering.[165] De argumen-

157 Zie ABRvS 17 oktober 2007, nr. 200701342/1, *JB* 2007, 225; ABRvS 13 juni 2007, nr. 200606058/1, *AB* 2007, 261 m.nt. A.M.L. Jansen, *JB* 2007, 146; ABRvS 25 april 2007, nr. 200602553/1, *AB* 2007, 174 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, *JB* 2007, 122. Vgl. over het als zodanig aangeduide fundamentele rechtsbeginsel van hoor en wederhoor ook ABRvS 11 februari 2005, nr. 200409153/1 (doorbreking appelverbod), *AB* 2005, 181 m.nt. BdeW, *JV* 2005, 136 m.nt. BKO, *JB* 2005, 99 m.nt. AMLJ.

158 Vgl. Asser/Vranken 1995 (Algemeen Deel), p. 149.

159 Artikel 7 VN Vrouwenverdrag, zie ABRvS 5 december 2007, nr. 200609224/1 (SGP/Minister BZK), *AB* 2008, 35 m.nt. R.J.B. Schutgens & J.J.J. Sillen, *JB* 2008, 24 m.nt. R. Nehmelman & M. Kanne en R.J.N.S.

160 Artikel 8 EVRM, zie ABRvS 1 juni 2005, nr. 200406511/1 (Sittard-Geleen), *LJN*: AT6549.

161 Artikel 2 IVBPR en de artikelen 1 en 7 Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, zie ABRvS 29 oktober 2003, nr. 200300512/1 (uitsluiting kiesrecht onder curatele gestelde), *AB* 2003, 463 m.nt. PJS, *JB* 2004, 3 m.nt. LV.

162 Artikel 15, tweede lid, Gw en art. 5, vierde lid, EVRM, zie ABRvS 11 februari 2005, nr. 200409759/1, *JV* 2005, 172 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven.

163 Artikel 3 EVRM, zie ABRvS 3 december 2004, nr. 200405922/1, niet gepubliceerd; ABRvS 12 oktober 2007, nr. 200701023/1 (onmenselijke behandeling na *Salah Sheekh*), *AB* 2008, 106 m.nt. T.P. Spijkerboer, *JV* 2007, 530 m.nt. HBA.

164 Waaronder de iederverbindendheid van artikel 7, aanhef en onder a en c, VN Vrouwenverdrag, de ruimte voor belangenafweging bij artikel 7 VN Vrouwenverdrag en toepasbaarheid artikel 2 Wspp in het licht van artikel 7 VN Vrouwenverdrag.

165 ABRvS 5 december 2007, nr. 200609224/1 (SGP/Minister BZK), *AB* 2008, 35 m.nt. R.J.B. Schutgens & J.J.J. Sillen, *JB* 2008, 24 m.nt. R. Nehmelman & M. Kanne en R.J.N.S.

ten in deze zaak zijn ook zeer goed en scherp aan de Afdeling gepresenteerd, hetgeen tot een uitvoerige en duidelijke motivering uitnodigt.[166] Wij menen dat dit a fortiori geldt ten aanzien van fundamentele rechten bij zeer rechtsvormende uitspraken. Klassieke grondrechten, zoals vrijheidsrechten en politieke rechten, kunnen in het bijzonder aanleiding geven tot differentiatie van de motiveringsplicht bij rechtsvorming, naarmate het autonome element in de rechtsvinding toeneemt, zoals bijvoorbeeld bij botsende grondrechten zoals aan de orde was in de *SGP*-zaak. In de eerste plaats kan men dan denken aan gevallen waarin een nieuwe rechtsvraag zich voordoet. Maar meer in het algemeen impliceert het bijzondere karakter van deze rechten een mate van rechterlijke autonomie. Uitspraken over deze rechten zijn van een andere orde dan uitspraken over punten van procesrecht. Deze bijzonderheid is deels gelegen in de indringendheid van de betrokken rechten en de ingrijpendheid van de beslissing in het algemeen rechtsbewustzijn.[167] De buitenwacht zit bij wijze van spreken op de eerste rij. Daarnaast gaat het echter om de autonomie, de afwegingsruimte die de rechter veelal in deze zaken heeft, omdat deze maar beperkt door de regelgever is ingevuld.

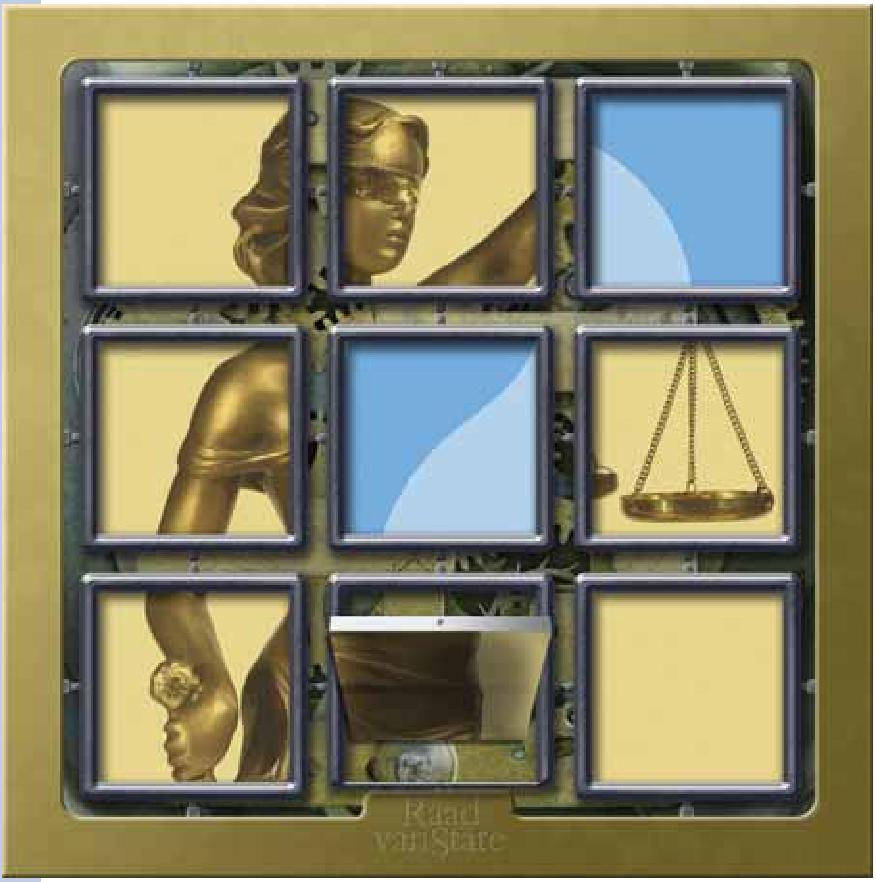
Een vraag die dan vervolgens rijst, luidt hoe die motiveringsplicht eruit zou kunnen zien. Wij menen dat die automie gevolgen heeft voor de diepte van de motivering. Juist waar een afwegingsruimte bestaat, behoort de argumentatie van een bepaalde uitkomst zichtbaar te zijn. Naarmate de rechtsnorm minder direct de beslissing dicteert en er dus een afwegingsruimte is - en bij deze rechten is dat naar hun aard het geval - is explicitering van interpretatiemethoden, dan wel andersoortige argumenten, van groot belang, gelet op de legitimerende functie die de motivering uitoefent.[168]

Naast diepte is er vanzelfsprekend de breedte en juist bij dit type rechten kan die van wezenlijk belang zijn voor de motivering van uitspraken. In een sterk rechtsvormende uitspraak als in *SGP/Minister van BZK* vraagt de aard van het recht om een stapsgewijze opbouw van de motivering, met inpassing in eerdere rechtspraak. Wij menen derhalve dat de volledigheid van de argumentatie van partijen van belang is voor de te bereiken diepte en breedte van de motivering.

166 Vgl. hiervoor is gezegd over het procesgedrag van partijen in § 11.2.

167 Vgl. ook Vranken die het ingrijpende en definitieve karakter van de beslissing noemt, zie Asser/Vranken 1995 (Algemeen Deel), p. 149.

168 Vgl. § 2.2.



Deel IV

Hoe een verzwaarde motiveringsplicht eruit kan zien

Deel IV Hoe een verzwaarde motiveringsplicht eruit kan zien

Het onderzoek wijst in de richting van een gedifferentieerde motiveringsplicht en spitst zich met name toe op de gevallen waarin voor de rechter een verzwaarde motiveringsplicht geldt. In het voorgaande hebben we vooral getracht de differentiatiefactoren op te sporen die wijzen in de richting van een verzwaarde motiveringsplicht. In dit deel willen wij dieper ingaan op de vraag hoe zo'n verzwaarde motiveringsplicht er dan precies uit kan zien.

In gevallen waarin er sprake is van een rechtsvormend element in de uitspraak, betekent dit op zichzelf nog niet dat op de rechter een verzwaarde motiveringsplicht rust. Wel is het zo, dat de door ons onderscheiden vormen van rechtsvorming in die zin gevolgen hebben, dat zij elk op hun eigen wijze de motiveringsplicht nader kleuren. In het algemeen geldt dat aan de motivering van uitspraken de eis mag worden gesteld dat zij niet alleen kenbaar, maar ook voldoende steekhoudend en logisch sluitend is. Dat is in het geval dat de uitspraak een rechtsvormende keuze impliceert, niet anders. Wat wel anders lijkt, is wát in die gevallen onder een voldoende steekhoudende en logisch sluitende motivering moet worden verstaan. Met andere woorden: het rechtsvormend element lijkt het vereiste van een deugdelijke motivering nader in te kleuren. Van een verzwaarde motiveringsplicht is echter pas sprake in gevallen waarin zich een van de hiervoor beschreven differentiatiefactoren voordoet. In de twee hiernavolgende paragrafen gaan we zowel op dit kleuren als op het verzwaren nader in. In een afsluitende paragraaf besteden wij aandacht aan vragen van rechterlijk overgangsrecht.

16 Rechtsvorming kleurt de motivering

Wanneer de rechter zich geplaatst ziet voor een rechtsvormende keuze, impliceert dat een zeker creatief rechterlijk element en ligt het voor de hand dat de motivering in die creativiteit deelt. Ook dan geldt echter het in het rapport *Opzet en vormgeving van uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak* genoemde algemene vereiste dat inzicht wordt gegeven in de gedachtegang die leidt tot de beslissing[169] met inbegrip van alle gedachtestappen.[170] De motivering moet, met andere

169 Aanwijzing 62.1.

170 Aanwijzing 62.3, onder c.

woorden, logisch sluitend zijn. Dat wil zeggen: de in de motivering gebruikte redenering moet een juiste zijn en er mogen geen lacunes in de argumentatie bestaan. Bij het doorlopen van de benodigde stappen in de redenering stuiten we bij rechtsvormende keuzen echter op andersoortige elementen. Eigen aan rechtsvorming is immers dat de rechter niet zonder meer een voorhanden zijnde rechtsnorm toepast op het voorliggende feitencomplex, maar dat hij een keuze maakt, omdat de van toepassing zijnde rechtsnorm op meerdere wijzen is uit te leggen dan wel er niet op onmiddellijke wijze een rechtsnorm voorhanden is.[171] Dat vraagt erom dat de argumenten voor die keuze deel uitmaken van de motivering.

Bij de eerste verschijningsvorm van rechtsvorming wijzen alle interpretatiemethoden in één richting.[172] De rechtsnorm dicteert met andere woorden op directe wijze de rechterlijke beslissing en de motivering geeft uitdrukking aan deze directe confrontatie van recht en feiten. Bij de tweede variant van rechtsvorming wordt het al wat lastiger: niet alle methoden van interpretatie van de van toepassing zijnde rechtsnorm wijzen in dezelfde richting. De stap van het toe te passen recht naar de voorliggende feiten is dan wat gecompliceerder: eerst moet worden aangegeven hoe de betrokken rechtsnorm dient te worden uitgelegd. Die wijze van interpretatie zou inzichtelijk moeten worden gemaakt en worden verantwoord in de motivering.

Waar de interpretatie van een rechtsnorm voor de rechter al een bepaald creatief element met zich brengt, geldt dat a fortiori voor de derde categorie van rechtsvorming, waarbij de Afdeling op zoek gaat naar de van toepassing zijnde rechtsnorm. Er is in deze situaties op het eerste gezicht geen op de concrete casus toegesneden (geschreven of ongeschreven) rechtsnorm voorhanden. Aangezien de rechter niettemin gehouden is, op straffe van rechtsweigering, om een oplossing voor het geschil te geven, zal hij dan zelf op zoek moeten gaan naar een regel. Deze situatie doet zich in een aantal bestudeerde uitspraken voor. Hoe vindt de Afdeling deze norm? Op basis van de bestudeerde jurisprudentie hebben wij de

171 Zie § 3.2.2 en § 3.2.3.

172 Een bijzondere categorie betrof zaken waarin een Europese rechter al een bepaalde interpretatie had gegeven. Dit deed echter niet af aan de rechtsvormende waarden van die uitspraken; juist aan dit type uitspraken wordt door de buitenwacht ruim aandacht besteed. Zie ABRvS 13 juni 2004 en 21 november 2006, nrs. 200404446/1 en 200404450/1 (Antilliaanse kiesrechtzaak), *AB* 2007, 80 m.nt. P.J. Stolk, *JB* 2004, 308; ABRvS 12 oktober 2007, nr. 200701023/1 (onmenselijke behandeling na *Salah Sheekh*), *AB* 2008, 106 m.nt. T.P. Spijkerboer, *JV* 2007, 530 m.nt. HBA.

indruk dat daarbij in ieder geval een tweetal varianten denkbaar is. We zijn tot de conclusie gekomen dat de Afdeling, op zoek naar de toepasselijke rechtsnorm, er soms uit komt met hulp van analogie in brede zin. In een enkel geval baat deze aanpak niet en gaat zij te rade bij de rechtsbeginselen om uiteindelijk een norm te vinden die op het voorliggende geschil past.

Soms vindt de rechter de rechtsnorm door een regel die is geschreven voor een andere situatie, bij wijze van analogie toe te passen; een systematische redeneervorm die ertoe strekt een lacune op te vullen op grond van de veronderstelde coherentie van de gehele rechtsorde. Wij zagen daarvan voorbeelden, zoals bij de verwerking van het beroepsrecht om tegen een vervangende beslissing op bezwaar op te komen als gevolg van het verwijtbaar in een eerdere procedurele ronde niet aangewend hebben van rechtsmiddelen.[173] In deze zaak werd de bestaande lacune opgevuld door analoge toepassing van de rechtsregel die in artikel 6:13 Awb is neergelegd. In een ander voorbeeld van analogie werd de rechtsnorm gevonden door het wel voor artikel 8:75 Awb bestaande overgangsrecht analoog toe te passen bij het aanwenden van de in artikel 7:15 Awb gegeven bevoegdheid, waarvoor geen overgangsrechtelijke regel was getroffen.[174] Een ander voorbeeld vormde de uitspraak waarin de Afdeling duidelijk een systematische redeneervorm hanteerde die leidde tot een analoge toepassing artikel 6:6 Awb in de uniforme openbare voorbereidingsprocedure en daarmee de mogelijkheid bood tot het indienen van pro forma zienswijzen.[175]

Een tweede categorie van gevallen waarin de rechter op zoek gaat naar de rechtsnorm, is die waarbij analogie geen uitkomst biedt. De rechtsvormende mogelijkheden van de rechter zijn evenwel, gelet op zijn staatsrechtelijke positie, niet onbeperkt. Zoals Van Gerven het zo treffend heeft verwoord: *"De uitspraak zal moeten kunnen steunen op basisbeginselen die als beginselen (en dus in abstracto) in de vigerende rechtsorde worden erkend, met andere woorden waarrond een zekere (in beide betekenissen) op rechtsnormen gesteunde consensus bestaat."*[176] Een voorbeeld in deze categorie is de *Brummen*-uitspraak.[177] Er was geen rechtsnorm direct voorhanden

173 ABRvS 24 januari 2007 (verwerking van beroepsrecht), nr. 200604541/1, *LJN*: AZ6874.

174 ABRvS 4 juni 2003, nr. 200205507/1 (Dirksland), *JB* 2003, 207.

175 ABRvS 13 augustus 2008, nr. 200705158/1 (pro forma zienswijzen), *AB* 2008, 312 m.nt. A.G.A. Nijmeijer, *BR* 2008, 184 m.nt. R.S. Wertheim, *JB* 2008, 202.

176 Van Gerven 1997. Zie hierover ook Dworkin 1977.

177 ABRvS 6 augustus 2003, nr. 200206222/1 (Brummen), *AB* 2003, 355 m.nt. P.A. Willemsen en RW, *JB* 2003, 216 m.nt. CLGFHA en RJNS.

die bepaalde hoe de rechtbank diende om te gaan met in een eerdere procedure voor de rechtbank in diezelfde zaak uitdrukkelijk en zonder voorbehoud verworpen, maar onberoepen gebleven rechtsgronden. Eerder had de Afdeling in de *Amicitia*-zaak een rechtsregel geformuleerd volgens welke de rechtbank in die tweede procedure de betreffende rechtsgronden nog wel degelijk in de beoordeling behoorde te betrekken. In de *Brummen*-zaak komt zij daarvan terug en formuleert een nieuwe rechtsregel. Waarop baseert zij die? In elk geval niet op (de interpretatie van) een voorhanden zijnde geschreven of ongeschreven rechtsnorm. De Afdeling lijkt hier inderdaad de uitspraak te doen steunen op argumenten die zijn te herleiden tot basisbeginselen die in de vigerende rechtsorde worden erkend: namelijk de eerbiediging van het gezag van de eerste rechtbankuitspraak en de rechtszekerheid van betrokken partijen. Dat is de rechtsnorm die zij vindt.[178]

In beide hiervoor genoemde categorieën van gevallen, waarin er voor de rechter niet op onmiddellijke wijze een rechtsnorm voorhanden is, dient de motivering inzicht te geven in de zoektocht van de rechter. Dit is temeer van belang omdat het hier gaat om een bijzondere soort interpretatiemethodiek, waarbij de 'afstand' tussen de uiteindelijk van toepassing geachte rechtsnorm en de beantwoording van de rechtsvraag 'groter' is dan bij andere methoden van interpretatie. In die laatste gevallen is er een rechtsnorm waarvan zonder meer kan worden aangenomen dat hij toepassing vindt in het aan de rechter voorgelegde geschil, doch behoort die rechtsnorm in het licht van het feitencomplex waarop het geschil betrekking heeft, te worden uitgelegd. Het verder verwijderde verband tussen de uiteindelijk toegepaste rechtsnorm en de beantwoording van de voorliggende rechtsvraag stelt bijzondere eisen aan de motivering. In vergelijking met de gevallen waarin er wél op onmiddellijke wijze een rechtsnorm voorhanden is, dient in deze gevallen een extra denkstap te worden gezet: de rechtsnorm dient te worden gevonden. In de motivering dient deze stap inzichtelijk te worden gemaakt en te worden verantwoord. Dat geldt voor de gevallen waarin de norm via analogie wordt gevonden, maar zeker ook voor de gevallen waarin dat niet het geval is. In gevallen waarin een toepasbare rechtsnorm niet onmiddellijk

178 Dicht tegen deze tweede categorie aan ligt argumentatie ontleend aan mensenrechtenbepalingen in verdragen; dit zou het geval kunnen zijn geweest bij een van de uitspraken over immateriële schadevergoeding bij overschrijding van de redelijke termijn waarin de Afdeling op zoek moest naar de rechtsnorm die niet direct voorhanden was en waar vermoedelijk het *effective remedy* van artikel 13 EVRM de argumentatie - onzichtbaar - heeft gekleurd. Zie ABRvS 13 juni 2007, nr. 200606058/1, *AB* 2007, 261 m.nt. A.M.L. Jansen, *JB* 2007, 146.

voorhanden is, is de legitimatie voor de rechterlijke beslissing aanzienlijk 'dunner'. De legitimatie voor de rechterlijke beslissing zal in die gevallen ten volle uit de motivering van de uitspraak moeten blijken.[179]

Een basisvereiste van een goede motivering is dat zij voldoende steekhoudend is. Dat wil zeggen dat de motivering voldoende moet zijn toegesneden op de rechterlijke beslissing. In dit verband is bij een rechtsvormende beslissing van belang dat de argumentatie voor de rechtsvormende keuze in voldoende mate is toegesneden op de mate van algemeenheid van de in de uitspraak vervatte regel. De breedte en de wijze van argumenteren zijn in dit verband onlosmakelijk met elkaar verbonden. Een uitspraak dient, zoals gezegd, altijd ten minste diep te zijn.[180] Maar in de breedte zijn vele varianten denkbaar bij rechtsvormende uitspraken.[181] Wij bedoelen daarmee dat, naarmate de uitspraak meer het karakter van een algemene voor herhaalde toepassing vatbare regel krijgt (een brede uitspraak dus), de argumentatie behoort te delen in dit algemene en abstracte karakter. Een casuïstische motivering geeft hier geen pas. De gegeven argumenten dienen immers voldoende draagkrachtig te zijn om de geven regel te motiveren. Zo was de argumentatie in de zaak *MEGA Projecten e.a./Noord-Holland* voldoende voor de in de breedte zeer casuïstische (dus: smalle) beslissing.[182] Kiest de Afdeling er in zo'n geval voor wél een voor de toekomst richtinggevende uitspraak te doen, dan zou het in onze optiek de voorkeur verdienen, dat de motivering daarop wordt aangepast.

17 Differentiatiefactoren verzwaren de motivering

Hierboven is stilgestaan bij algemene vereisten als een voldoende steekhoudende en logisch sluitende motivering. Deze eisen worden in alle gevallen aan de motivering van een rechterlijke beslissing gesteld, ongeacht of daarin een rechtsvormend element schuilt. Wél blijkt het rechtsvormende element van invloed te zijn op de wijze waarop in een concreet geval inhoud moet worden gegeven aan

179 Zie § 2.2.

180 In de terminologie van het onderzoeksmodel: nimmer ondiep (onzichtbaar) of diep noch ondiep (onzeker).

181 Zie ook § 6.1.

182 ABRvS 28 mei 2008, nr. 200608226/1 (MEGA Projecten e.a./Noord-Holland), *BR* 2008, 136, *JB* 2008, 175, *JM* 2008, 79 m.nt. Pieters.

genoemde algemene vereisten.[183] In het voorgaande deel hebben we geconcludeerd dat er onder omstandigheden sprake kan zijn van een verzwaarde motiveringsplicht. Daarmee bedoelen we dat er in termen van breedte en diepte een schepje bovenop moet.

Een verzwaarde motiveringsplicht kan verschillende componenten hebben en deze kunnen ook in combinatie als vereiste worden gesteld. Ter voorkoming van misverstanden: smalle uitspraken kunnen, zoals gezegd in § 6.1, onder omstandigheden aan de motiveringseis voldoen, maar gebrek aan breedte kan soms wel klemmen, zeker als het gaat om breedte in de zin van de verhouding van de uitspraak tot een bestaande jurisprudentielijn. Ook uitspraken die breed noch smal zijn, kunnen in bepaalde gevallen toereikend zijn, terwijl brede of zeer brede uitspraken juist ongenoegen kunnen wekken met het oog op de in het volgende deel te bespreken bijkomende factoren. Hoewel wij hier nog niet vooruit wensen te lopen op het stappenplan dat wij in deel VI zullen introduceren, merken wij wel nu reeds op dat het van belang is in elke zaak waarin een rechtsvormend element aan de orde is, de vraag te stellen of een brede of zeer brede uitspraak aangewezen is. In bepaalde gevallen kunnen er goede redenen zijn om daarvan af te zien en een meer casuïstische uitspraak te doen.[184]

Breedte ziet er op dat een algemene regel wordt geformuleerd of aangehaald; de gemaakte rechtsvormende keuze leent zich voor toepassing in andere, toekomstige gevallen. Een brede uitspraak vertoont de kenmerken van een algemene regel. Als indicator valt allereerst te denken aan de gekozen bewoordingen: algemene overwegingen die niet zijn toegespitst op de omstandigheden van het geval, veelal een positieve formulering of gebruik van de toekomstige tijd. Daarnaast vormt een verwijzing naar (eerdere) jurisprudentie vaak een indicatie voor een brede uitspraak. Een indicatie voor, maar niet per se een aanbeveling bij

183 Soms was er geen in het onderzoeksmodel genoemde differentiatiefactor aanwijsbaar die het verschil maakte. Zo was in onze analyse van de uitspraak in de zaak waarin matiging van de vergoeding van de kosten in bestuurlijke voorprocedures aan de orde was geweest, een nieuwe rechtsvraag aan de orde. Alleen om die reden betreurden we het dat de belangrijke rechtsvormende keuze in die zaak, niet door de Afdeling was geëxpliciteerd. In die zaak was rechtsvorming sec de catalysator voor de wens tot explicitering en motivering. Zie ABRvS 17 augustus 2005, nr. 200410204/1 (Smallingerland; Woonschip IJsselmeer), *JB* 2005, 283.

184 Zie verder deel VI.

het doen van een brede uitspraak vormt het gebruik van een obiter dictum. Dan zegt de rechter immers iets schijnbaar onnodigs en dat pleegt een rechter niet zomaar te doen.[185]

Een zeer brede uitspraak onderscheidt zich in die zin naar onze mening van een brede uitspraak, dat zij niet alleen een algemene regel geeft maar deze ook inpast in een meer omvattend leerstuk. Het is een wijze van motiveren die niet zo eigen is aan onze Nederlandse rechtscultuur, maar die bijvoorbeeld vaak wordt toegepast in de uitspraken van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Bij het inpassen in een zich ontwikkelende dogmatiek past een verwijzing naar eerdere jurisprudentie, eventueel ook die van andere hoogste rechtscolleges. Een ander element dat een uitspraak in onze ogen zeer breed maakt, is het formuleren van rechterlijk overgangsrecht of het hanteren van een *prospective overruling*.[186] Ook dan is duidelijk dat de rechter heel nadrukkelijk een algemene rechtsregel beoogt te formuleren.

Zoals hierboven is aangegeven, heeft de keuze voor een brede of zeer brede uitspraak consequenties voor wat in dat concrete geval onder een diepe motivering moet worden verstaan. Uitgangspunt is echter dat een diepe motivering - in de zin dat de gemaakte rechtsvormende keuze volledig wordt beargumenteerd - de norm moet zijn: een motivering behoort immers voldoende steekhoudend en logisch sluitend te zijn. Dat betekent dat de toegepaste regel, de gehanteerde methode van rechtsvinding of andersoortige argumenten die tot de gemaakte keuze hebben geleid, voldoende kenbaar uit de uitspraak moeten zijn en de beslissing moeten kunnen dragen.

In bepaalde gevallen is echter behoefte aan een zeer diepe motivering. Zeer diep betekent dat de rechtsvormende keuze niet alleen met redenen wordt omkleed, maar dat ook inzichtelijk wordt gemaakt waarom een andere mogelijkheid terzijde wordt gelaten. Dat betekent dat uit de uitspraak de afweging moet blijken die ertoe leidt dat bepaalde argumenten door de Afdeling worden gevolgd en andere worden verworpen, of dat een verklaring wordt gegeven voor het niet volgen van een andere methode van rechtsvinding.

185 Zie ABRvS 16 juli 2008, nr. 200706919/1 (artikel 4:5 Awb), *JB* 2008, 196 m.nt. CLGFHA. Vgl. ook Drion 2009, p. 357.

186 Zie ook hierna, § 18.

18 Rechterlijk overgangsrecht

Een bijzonder aspect van de motivering van rechtsvormende rechterlijke beslissingen vormt de aandacht voor vragen van overgangsrecht. Daar waar de rechter een rechtsvormende keuze maakt, creëert hij problemen van overgangsrechtelijke aard vergelijkbaar met de situatie waarin de wetgever die een nieuwe regel stelt. Wij menen dat dit een consequentie is van het erkennen van de rechtsvormende taak van de rechter. Bij die rechtsvormende taak past naar onze mening niet een benadering waarbij de rechterlijke uitspraak zonder meer terugwerkende kracht wordt toegekend, in de zin dat zij het recht weergeeft zoals dat geacht wordt altijd al te hebben gegolden.[187] Een dergelijke benadering zou, in een geval waarin de rechter terugkomt van eerdere jurisprudentie, indiceren dat hij voorheen het recht op onjuiste wijze heeft uitgelegd; dan zou er inderdaad weinig reden zijn deze onjuiste rechtsopvatting door middel van rechterlijk overgangsrecht te laten voortduren.

In het bestuursrecht bestaat nog weinig aandacht voor rechterlijk overgangsrecht. Wij menen dat het aanbeveling verdient het denken hierover - met name op het niveau van de hoogste bestuursrechters - verder te stimuleren. Uitgangspunt daarbij is naar onze mening dat in lang niet alle gevallen waarin de rechter een rechtsvormende keuze maakt, rechterlijk overgangsrecht is aangewezen. Op de onmiddellijke werking van het nieuwe recht dient slechts onder bijzondere omstandigheden een correctie plaats te vinden. Dat lijkt met name het geval, indien het nieuwe recht op nogal abrupte wijze ingrijpt in andere rechtsverhoudingen dan die waarop de rechterlijke uitspraak ziet. Daarbij is ook relevant in hoeverre de justitiabelen hun handelen hebben afgestemd op verwachtingen die zij redelijkerwijs aan het oude recht mochten ontlenen.[188] Bij de afweging of een regel van rechterlijke overgangsrecht is aangewezen, speelt vanuit het perspectief van de rechter echter ook een rol in hoeverre hij zichzelf in staat acht om de gevolgen van zijn rechtsvormende keuze voor andere gevallen reeds in voldoende mate te overzien.

De rechter heeft verschillende mogelijkheden tot correctie op de onmiddellijke werking van het nieuwe recht. Zo kan de rechter de gevolgen van zijn rechtsvormende keuze enigszins verzachten door het formuleren van een overgangsrechtelijke regel die er in voorziet dat het nieuwe recht weliswaar onmiddellijk

187 Zie in vergelijkbare zin Asser/Vranken 1995 (Algemeen Deel), p. 165.

188 Ook Van Kreveld lijkt in die richting te denken. Zie Van Kreveld 2008.

in werking treedt, doch voor bepaalde categorieën van gevallen nog het oude recht zal gelden. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft een dergelijke regel geformuleerd in haar *Brummen*-uitspraak:[189]

> "Bijzondere omstandigheden kunnen ertoe leiden dat het niet instellen van hoger beroep tegen uitspraken, waarin beroepsgronden uitdrukkelijk en zonder voorbehoud zijn verworpen, niet aan betrokkene kan worden tegengeworpen, met name als tegen de eerdere uitspraak van de rechtbank geen hoger beroep is ingesteld, omdat betrokkene, afgaande op eerdere jurisprudentie, in de veronderstelling verkeerde dat deze beroepsgronden in beroep tegen de nieuwe beslissing op bezwaar opnieuw voor een inhoudelijke beoordeling aan de rechtbank konden worden voorgelegd."

Een andere mogelijkheid is dat de nieuwe rechtsregel wordt aangekondigd maar nog niet onmiddellijk toepassing vindt. De rechter kan dit bijvoorbeeld doen door middel van een *prospective overruling*; er wordt dan aangekondigd dat na het verstrijken van een bepaalde termijn de nieuw lijn wordt ingezet. Zo gaf de Afdeling in een uitspraak van 17 augustus 2001 aan dat zij het ontbreken van de verklaring van een advocaat dat hij tot het instellen van hoger beroep bepaaldelijk is gevolmachtigd, met ingang van 1 september 2001 niet langer zou passeren.[190] Een andere mogelijkheid is dat de rechter niet kiest voor het uitstellen van de werking van de nieuwe rechtsregel, doch in een obiter dictum aankondigt dat, zodra zich daarvoor een zaak leent, de nieuwe regel zal worden toegepast.[191]

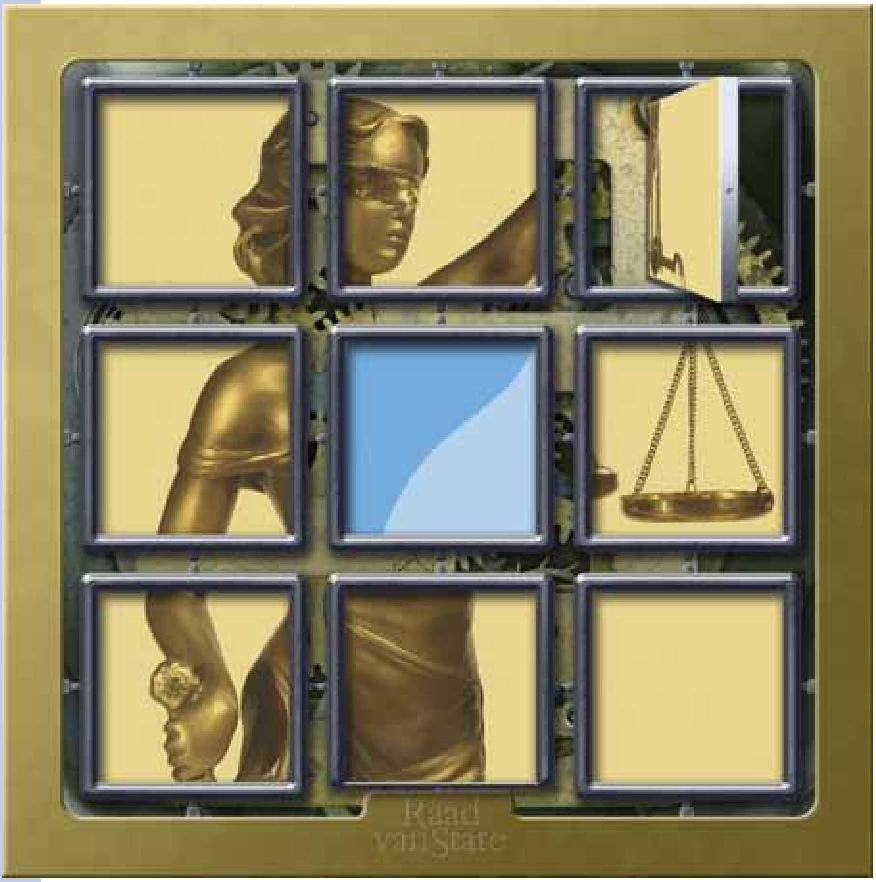
Wat bepaalt of de Afdeling voor het een of voor het ander kiest? Veel zal daarbij naar onze mening afhangen van de mate waarin de rechter de behoefte voelt om in de toepassing van de gevonden rechtsregel te differentiëren. Als de rechtsregel zonder verdere bezwaren kan worden toegepast in de voorliggende zaak, maar dit voor andere zaken anders kan liggen, is een overgangsrechtelijke regel als gegeven in de zaak die leidde tot *Brummen*, het meest aangewezen. In gevallen daarentegen waarin differentiatie veel minder voor de hand ligt - gevallen waarin de regel als het ware een 'alles-of-niets'-karakter heeft - maar desalniettemin de behoefte wordt gevoeld de praktijk op het nieuwe recht voor te bereiden, zal eerder voor aankondiging door middel van een *prospective overruling* of een obiter dictum

189 ABRvS 6 augustus 2003, nr. 200206222/1 (Brummen), *AB* 2003, 355 m.nt. P.A. Willemsen en RW, *JB* 2003, 216 m.nt. CLGFHA en RJNS.

190 ABRvS 17 augustus 2001, *AB* 2001, 300.

191 Een voorbeeld daarvan vormt CRvB 15 november 2006, *AB* 2007, 72 m.nt. H. Peters, *TAR* 2007, 26.

worden gekozen. Verdere gedachtevorming op dit punt lijkt ons zinvol. In elk geval zou voor de Afdeling bestuursrechtspraak bij een uitdrukkelijke erkenning van haar rechtsvormende taak als hoogste algemene bestuursrechter moeten gelden wat ook voor de wetgever op basis van aanwijzing 165 van de Aanwijzingen voor de regelgeving heeft te gelden, namelijk dat 'bij een nieuwe regeling of wijziging van een regeling wordt overwogen of overgangsbepalingen noodzakelijk zijn'.



Deel V

Bijkomende factoren die in de praktijk een hindernis vormen voor de motivering

Deel V Bijkomende factoren die in de praktijk een hindernis vormen voor de motivering

In het voorgaande hebben wij stilgestaan bij basisvereisten die aan de motivering van uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak mogen worden gesteld en bij differentiatiefactoren die tot een verzwaarde motiveringsplicht leiden. In ons onderzoek hebben wij echter gesignaleerd dat er soms bijkomende factoren zijn die een hindernis vormen voor het bereiken van de aangewezen mate van breedte en diepte van de motivering. Wij willen eerst in beeld brengen welke deze factoren zijn en in welke mate zij een rol spelen bij het invulling geven aan een verzwaarde motiveringsplicht. Vervolgens zullen we in § 22 ingaan op de betekenis die zij zouden moeten krijgen.

19 Buitengrenzen

Soms zijn er factoren die maken dat er in het geheel geen rechtsvormende beslissing kan worden genomen. Dat kan er mee te maken hebben dat de rechter tegen een vrij harde grens van zijn rechtsvormende mogelijkheden aanloopt. Wij denken daarbij aan de gevallen waarin het primaat van de wetgever, de toereikendheid van het instrumentarium van de rechter in vergelijking met dat van de wetgever en de beschikbaarheid van voldoende informatie om een regel te geven de Afdeling tot het oordeel hebben geleid dat een bepaalde beslissing haar rechtsvormende mogelijkheden te buiten gaat.[192] Sporen hiervan troffen wij aan in de zaak *Bluswerkzaamheden Haarlem*.[193] Ook troffen wij in de zaak *Uitsluiting kiesrecht onder curatele gestelde* signalen aan dat de verstrekkendheid van de gevolgen van het aannemen van een onredelijke beperking de doorslag gaf voor de opvatting dat dit een taak is voor de wetgever en dat juist inzake het kiesrecht het in de eerste plaats op de weg van de democratisch gekozen volksvertegenwoordigers ligt om het vrije kiesrecht veilig te stellen.[194] Een overweging dat een bepaalde beslissing de grenzen van de rechtsvormende taak van

192 We kwalificeerden deze factor hiervoor ook reeds als differentiatiefactor, omdat hij - wanneer hij zich aandient - consequenties heeft voor de wijze waarop de beslissing (ook die om af te zien van een rechtsvormende beslissing) dient te worden gemotiveerd.

193 ABRvS 22 november 2006, nr. 200600200/1 (Bluswerkzaamheden Haarlem), *AB* 2007, 25 m.nt. APW Duijkersloot, *JB* 2007, 11 m.nt. C.L.G.F.H.A.

194 ABRvS 29 oktober 2003, nr. 200300512/1 (uitsluiting kiesrecht onder curatele gestelde), *AB* 2003, 463 m.nt. PJS, *JB* 2004, 3 m.nt. LV.

de rechter te buiten gaat, lijkt te duiden op een harde buitengrens van de rechtsvormende mogelijkheden van de rechter. Echter, waar deze grens in een concreet geval precies ligt, is in sterke mate afhankelijk van rechterlijke opvattingen en het maatschappelijk vertrouwen in instituties als wetgever, bestuur en rechtspraak en als zodanig dus ook aan verandering in de tijd onderhevig.

Een andere vrij harde grens is gelegen in de procesrechtelijke context. In sommige gevallen wil de rechter wel, maar kan hij eenvoudigweg geen richtinggevende uitspraak doen vanwege omstandigheden die zijn gelegen in bijvoorbeeld de proceskeuze van partijen. Dat is bijvoorbeeld het geval als een bepaalde beroepsgrond wordt aangevoerd, doch deze bij nader inzien buiten beschouwing moet worden gelaten omdat deze verwijtbaar niet eerder is aangevoerd. Soms dient zich voor de Afdeling een goede gelegenheid aan om een richtinggevende uitspraak te doen over bijvoorbeeld de vergoeding van kosten, maar besluit betrokkene geen daartoe strekkend verzoek te doen. We troffen een voorbeeld daarvan aan in de zaak *Proceskosten Schiphol*.[195]

20 Hindernissen voor een richtinggevende, brede uitspraak

In de bestudeerde uitspraken hebben wij verschillende voorbeelden aangetroffen van wat we hierboven noemden 'bijkomende factoren'. Veelal hadden deze factoren betrekking op de breedte van de uitspraak: de Afdeling formuleert om haar moverende redenen welbewust geen algemene, voor herhaalde toepassing vatbare regel.

Een voor de hand liggende reden om af te zien van het formuleren van een algemene jurisprudentiële regel is de omstandigheid dat de rechter de gevolgen van zo'n regel in onvoldoende mate kan overzien. Wij menen een voorbeeld daarvan te zien in de zaak *Motorsportterrein Smitsschorre*.[196] Een ander voorbeeld lijkt ook te zijn *MEGA projecten e.a./Noord-Holland*.[197] Ook hier lijkt de Afdeling de uitspraak bewust toe te snijden op het concrete voorliggende geval, omdat zij onvoldoende kon overzien hoe verdere theorievorming er op dit punt diende uit

195 ABRvS 24 maart 2004, nr. 200304008/1 (Proceskosten Schiphol), *LJN*: A06074.

196 ABRvS 5 september 2007, nr. 200607346/1 (Motorsportterrein Smitsschorre), *JM* 2008, 56 m.nt. Te Hofsté.

197 ABRvS 28 mei 2008, nr. 200608226/1 (MEGA Projecten e.a./Noord-Holland), BR 2008, 136, *JB* 2008, 175, *JM* 2008, 79 m.nt. Pieters.

te zien. Ook kan het zijn dat een kamer een andere kamer binnen de Afdeling niet nodeloos voor de voeten wil lopen en daarom de overweging toesnijdt op de concrete casus. Daarvan menen wij een voorbeeld te zien in *Permanente bewoning volkstuintjes Haarlemmermeer*.[198]

Soms wordt ook van het geven van een algemene regel afgezien omdat dit een verschil in jurisprudentie met een andere rechter al te zeer zou expliciteren. Zo misten wij in de zaak die leidde tot de uitspraak van de Afdeling van 6 juni 2007 de explicitering van een regel aan de hand waarvan de Afdeling tot de uiteindelijke hoogte van de immateriële schadevergoeding bij overschrijding van de redelijke termijn door het bestuur was gekomen.[199] Dit was naar onze mening te verklaren uit de omstandigheid dat het eindbedrag niet veel afweek van wat de Centrale Raad van Beroep in zo'n geval zou toekennen, maar beide colleges (op dat moment) nog wel leken te verschillen in de wijze van berekening.

In weer andere gevallen is de Afdeling terughoudend met het expliciteren van een – wel steeds toegepaste – algemene regel, omdat dit minder wenselijk wordt geacht vanwege de uitstraling die dit zou kunnen hebben voor de praktijk. Wij noemen de zaak omtrent het *ADO-stadion*.[200] De Afdeling beslist dat onder 'ten minste gelijk blijven' ook een 'niet significante verslechtering' moet worden begrepen. Een vuistregel die de Afdeling hanteert bij de invulling van het begrip 'niet significante verslechtering' wordt in genoemde uitspraak en de latere uitspraak inzake *FOC Roosendaal* niet gegeven.

Een andere categorie van bijkomende factoren die van invloed is op de mate waarin een richtinggevende uitspraak wordt gedaan, zijn die factoren welke de Afdeling doen afzien van het expliciet omgaan.[201] Soms is de reden daarvoor gelegen in de omstandigheid dat er niet echt wordt teruggekomen van bestendige

198 ABRvS 14 januari 2004, nr. 200303297/1 (permanente bewoning volkstuintjes Haarlemmermeer), *AB* 2004, 242 m.nt. F.R. Vermeer, *JB* 2004, 101 m.nt. CLGFHA.

199 ABRvS 6 juni 2007, nr. 200608140, *AB* 2007, 220 m.nt. A.M.L. Jansen, *JB* 2007, 144 m.nt. C.L.G.F.H.A. (Immateriële schadevergoeding bij overschrijding redelijke termijn).

200 ABRvS 18 januari 2006, nr. 200507534/1 (ADO-stadion), *AB* 2006, 330 m.nt. A.B. Blomberg, *JM* 2006, 27 m.nt. De Vries; ABRvS 5 april 2006, nr. 200506157/1 (FOC Roosendaal), *AB* 2006, 183 m.nt. A.G.A. Nijmeijer, *JM* 2006, 65 m.nt. De Vries; ABRvS 26 juli 2006, nr. 200507481/1 (Luchtkwaliteit Hilversum), *AB* 2006, 359, *BR* 2006, 908 m.nt. H.J. de Vries, *JM* 2006, 93 m.nt. De Vries.

201 Wij schreven hierover reeds in § 12.4.

rechtspraak, omdat de eerdere uitspraak meer een incident dan een richtinggevende uitspraak was geweest. Het kan ook zijn dat afwijken in het concrete geval aangewezen wordt geacht, maar in het verlengde van wat hierboven is gezegd, nog niet goed kan worden overzien hoe een algemene regel er uit dient te zien: alsdan is stilzwijgend afwijken soms meer voor de hand liggend dan uitdrukkelijk omgaan. In al deze gevallen zijn er goede redenen om niet om te gaan. We hebben daarnaast echter uit de analyse van de jurisprudentie de indruk gekregen dat er ook nog andere factoren zijn die de Afdeling doen afzien van uitdrukkelijk omgaan. In sommige gevallen speelt de procesrechtelijke context een rol: als het punt waarop de Afdeling wenst terug te komen van eerdere rechtspraak, opkomt in het kader van ambtshalve toetsing, dan bestaat al snel de neiging er geen overweging aan te wijden. En dan is er uiteindelijk nog het geval waarin omgaan eigenlijk wat betreft de beeldvorming niet kan. In de zaak die leidde tot de uitspraak van de Afdeling van 12 oktober 2007 was het in artikel 3 EVRM verankerde folterverbod in het geding.[202] Ten aanzien van een dergelijk recht kan welbeschouwd geen sprake zijn van omgaan (alsof de Afdeling dit recht ooit minder belangrijk zou hebben gevonden). We zien daar dat de Afdeling – begrijpelijk – de uitspraak inkleedt als een 'nuanceren' van de eerdere jurisprudentie.

21 Factoren die doen afzien van een voldoende diepe argumentatie

De factoren die we hiervoor beschreven, hadden veelal betrekking op de vraag of een algemene richtinggevende uitspraak wordt gedaan. Zoals we in § 16 betoogden, kleurt de keuze voor een minder brede uitspraak de argumentatie en daarmee de motiveringsplicht. In zoverre hebben de hiervoor beschreven factoren ook gevolgen voor de argumentatie.

Naast deze factoren, zijn er soms ook een factoren aanwijsbaar die gevolgen lijken te hebben voor de diepte van de motivering. Zo constateerden wij dat de rechtsvormende keuze in enkele gevallen niet zozeer was gebaseerd op theoretische posities, maar op het zoeken naar consensus met andere rechters. Een voorbeeld bood de uitspraak van de Afdeling van 16 juli 2008 waarin de beslissing heel nadrukkelijk was gebaseerd op een zoektocht naar een gezamenlijk

202 ABRvS 12 oktober 2007, nr. 200701023/1 (onmenselijke behandeling na *Salah Sheekh*), *AB* 2008, 106 m.nt. T.P. Spijkerboer, *JV* 2007, 530 m.nt. HBA.

standpunt met de Centrale Raad van Beroep.[203] Dat deze beslissing vanuit theoretisch perspectief niet eenvoudig te beargumenteren is, verklaart naar onze mening dat de argumentatie ontbreekt, hoewel de uitspraak wel zeer breed – dat wil zeggen: richtinggevend – is opgezet.

Een andere factor die van invloed is op de argumentatie zouden we willen aanduiden als 'intercollegiale omgangsvormen'. De bestudeerde rechtspraak bood voorbeelden van zaken waarin bepaalde intercollegiale omgangsvormen een rol speelden die bijvoorbeeld de opstelling van de appelrechter ten opzichte van de eerste aanleg mede bepalen.[204]

22 Een afweging van differentiatie- en bijkomende factoren?

Het voorgaande roept de vraag op hoe met deze bijkomende factoren in de praktijk dient te worden omgegaan. Een gedachte die zou kunnen ontstaan is dat de rechter in het concrete geval de behoefte aan uit de relevante differentiatiefactor voortvloeiende breedte en diepte dient af te wegen tegen de evenzeer relevante bijkomende factoren die ervoor pleiten om daarvan af te zien.
Dat achten wij echter te vrijblijvend en zelfs onjuist.

In termen van diepte zouden wij nogmaals willen benadrukken dat 'diep' de norm is.[205] Dat wil zeggen dat in elke zaak mag worden verlangd dat de Afdeling een kenbare, voldoende steekhoudende en logisch sluitende argumentatie geeft. Daar doen bijkomende factoren niet aan af. Soortgelijke opmerkingen kunnen worden gemaakt over de gevallen waarin een meer discursieve wijze van argumenteren is aangewezen. Ook dan geldt dat een bijkomende factor zoals een collegiale opstelling naar de rechter in eerste aanleg er niet aan in de weg behoeft te staan om de redenering van de rechtbank op meer discursieve wijze 'af te pellen', als daartoe – gelet op de aanwezige differentiatiefactor – behoefte bestaat.

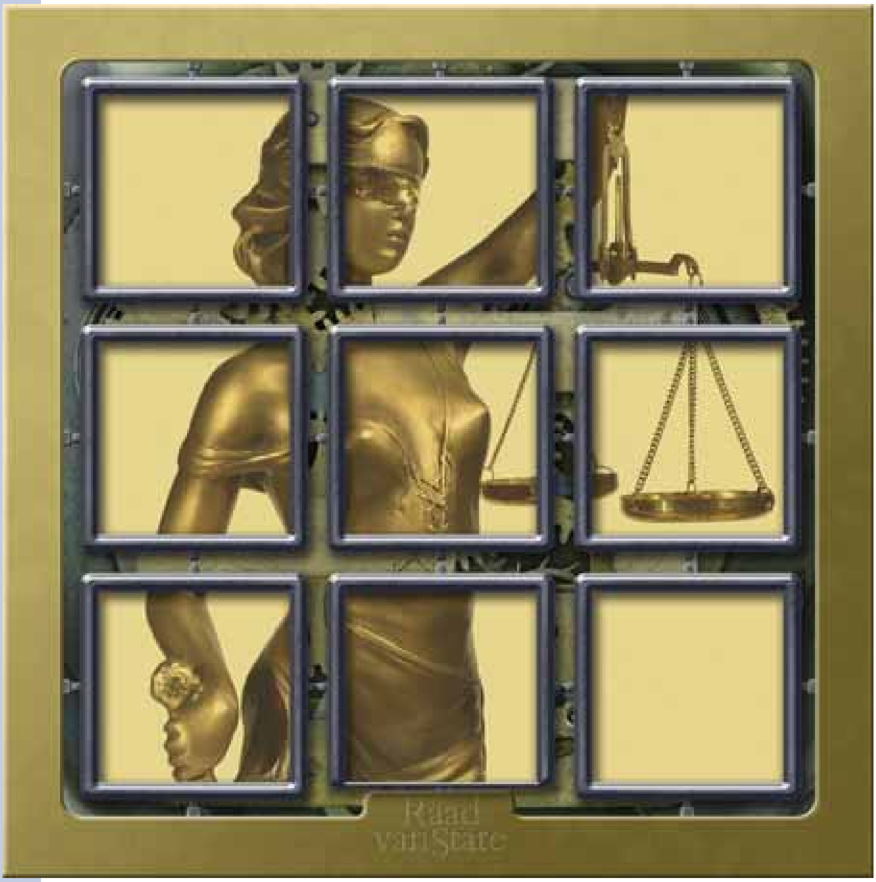
Wat betreft de breedte van de uitspraak zijn er varianties mogelijk. De aanwezigheid van sommige differentiatiefactoren vraagt om een richtinggevende uitspraak. Als die behoefte zich voordoet, dienen de genoemde bijkomende factoren daaraan in beginsel niet in de weg te staan. Wel zijn er uitzonderingen denkbaar. Het

203 ABRvS 16 juli 2008, nr. 200706919/1 (artikel 4:5 Awb), *JB* 2008, 196 m.nt. CLGFHA.

204 Zie hierover uitgebreider § 13.3.1.

205 Zie § 16.

niet kunnen overzien van de gevolgen en de relatie met andere hoogste rechters kan maken dat een rechter in een concreet geval sneller geneigd is te kiezen voor een meer casuïstische benadering. Desalniettemin zouden wij zelfs dan willen opmerken dat naarmate de praktijk meer behoefte heeft aan een richtinggevende uitspraak, de rechter zich aan dit soort bijkomende factoren minder gelegen dient te laten liggen. Daarnaast merken wij op dat er vaak meer mogelijk is als het rechtsvormend element in een vroeg stadium in de procedure wordt onderkend. Als de discussie daarover pas na zitting in de raadkamer een aanvang neemt, kan het zijn dat ervan wordt afgezien partijen met bepaalde overwegingen 'te overvallen'. Daarom benadrukken wij het belang dat in de instructiefase dit soort rechtsvragen reeds tijdig wordt gesignaleerd.



Deel VI

Conclusies

Deel VI Conclusies

Belangrijkste conclusies

De Afdeling bestuursrechtspraak heeft als hoogste algemene bestuursrechter een bijzondere verantwoordelijkheid voor het bevorderen van de rechtsontwikkeling van het algemeen bestuursrecht en de specifieke terreinen van het bestuursrecht waarop zij recht spreekt. De motivering van uitspraken kan bij het verder versterken van deze functie een belangrijke rol spelen. De Afdeling bestuursrechtspraak moet zich bij het doen van rechtsvormende uitspraken bewust moet zijn van de betekenis van deze uitspraken voor de rechtsontwikkeling en van de consequenties voor de wijze waarop zij dat type uitspraken motiveert. Ter beantwoording van de vraag hoe door middel van de motivering op waardevolle wijze kan worden bijdragen aan de rechtsontwikkeling door de Afdeling bestuursrechtspraak, hebben wij eerst uiteengezet dat die rechtsvormende taak van de hoogste algemene bestuursrechter tot op zekere hoogte raakvlakken vertoont met de rechtsvormende taak van andere hoogste colleges op andere rechtsgebieden. Ook hebben wij verschillende verschijningsvormen van rechtsvorming ontrafeld waarbij in steeds hogere mate sprake was van rechterlijke autonomie. Wij hebben ten slotte aangegeven op welke wijze de rechtsvorming de motivering beïnvloedt.

Onze belangrijkste conclusie luidt dat rechtsvorming de motivering weliswaar kleurt, maar dat het differentiatiefactoren zijn die de motiveringsplicht verzwaren. Wij hebben inzichtelijk willen maken hoe een verzwaarde motiveringsplicht eruit moet zien en de omstandigheden benoemd waarin deze is aangewezen. Het gaat niet om de lengte van de motivering of om het streven naar zo breed en diep mogelijke ('maximalistische') uitspraken. Motiveren vraagt om differentiëren. Tegelijkertijd hebben we bij ons onderzoek de factoren betrokken die in de praktijk een hindernis blijken te vormen voor het voldoen aan de eisen die aan de motivering bij rechtsvorming naar onze mening moeten worden gesteld. Dit alles in aanmerking genomen, hebben we een aantal aanbevelingen geformuleerd die naar onze mening bij het motiveren van uitspraken met een hoog rechtsvormend karakter betrokken kunnen worden.

Bij het verder doordenken van de consequenties van het rechtsvormende karakter van een uitspraak voor de motivering daarvan werden een tweetal dimensies zichtbaar. Aan de oppervlakte gaat het om de stijl van motiveren: op welke wijze

wordt over de genomen beslissing in de uitspraak verantwoording afgelegd? Daaronder gaat echter een wereld schuil van juridische argumentatie. Het is in de eerste plaats van belang zich steeds bewust te zijn van de methode van (juridisch) argumenteren die aan de rechtsvormende beslissing ten grondslag ligt, voordat men toe komt aan de vraag wat een rechtsvormend element van een uitspraak betekent voor de motivering.

Wijze van juridische argumentatie: rechtsvorming kleurt de motivering

Indien de rechter een wettelijke norm uitlegt in relatie tot het voorliggende feitencomplex staan hem verschillende interpretatiemethoden ten dienste. In veel gevallen volgt de beslissing een op een uit de van toepassing zijnde rechtsnorm. In andere gevallen daarentegen leiden verschillende interpretatiemethoden tot verschillende uitkomsten. De rechter behoort dan een keuze te maken. Die keuze voor een bepaalde interpretatiemethode vindt haar grondslag in argumenten die niet noodzakerlijkwijs juridisch zijn. De hierbij gehanteerde wijze van argumentatie behoort uiteindelijk inzichtelijk te worden gemaakt en te worden verantwoord in de motivering. Soms ontbreekt op het eerste gezicht een onmiddellijk op het voorliggende geval toepasbare rechtsnorm. De rechter dient dan zelf op zoek te gaan naar de van toepassing zijnde rechtsnorm. Dan ligt allereerst de vraag voor of een voor een ander geval geschreven rechtsnorm naar analogie op het voorliggende geval kan worden toegepast. Wanneer noch analogie, noch de wetssystematiek of de rechtssystematiek aanknopingspunten biedt, zal men op zoek moeten gaan naar de aan het systeem van het recht ten grondslag liggende beginselen en uitgangspunten waartoe de rechtsnorm is te herleiden. Omdat de afstand tussen de uiteindelijk van toepassing geachte rechtsnorm en de beantwoording van de voorliggende rechtsvraag groter is dan bij de andere verschijningsvormen van rechtsvorming, klemt het temeer dat de rechter op enigerlei wijze verantwoording aflegt van de in zijn zoektocht gezette stappen.

Tegen deze achtergrond moeten wij de basisvereisten voor de motivering bij rechtsvormende uitspraken zien, namelijk dat zij kenbaar, steekhoudend en logisch sluitend is. Rechtsvorming kleurt als het ware de motivering. Het is belangrijk zich te realiseren dat de motivering van rechtsvormende uitspraken in voldoende mate is toegesneden op de aan die rechtsvormende beslissing ten grondslag liggende argumentatie. Daarin onderscheiden rechtsvormende uitspraken zich van andere uitspraken: een goede motivering geeft inzicht in de

gedachtegang die leidt tot de beslissing met inbegrip van alle gedachtestappen. Deze stappen zijn echter anderssoortig bij uitspraken die een autonoom, zo men wil: creatief rechterlijk, element in zich dragen.

Het is reeds in een vroegtijdig stadium in de procedure – tijdens de instructiefase of uiterlijke tijdens het vooronderzoek – van belang uitdrukkelijk aandacht te besteden aan de vraag of en zo ja, in welke verschijningsvorm, enige rechtsvormende activiteit van de rechter op het voorliggende dossier nodig is. Tegen die achtergrond moeten de noodzakelijke gegevens worden ingewonnen en moet de argumentatie waarvoor men kiest worden uitgeschreven.

Stijl van motivering: differentiatiefactoren verzwaren de motivering

Als wij deze basisvereisten voor motivering vertalen in termen van breedte en diepte – de twee facetten van motivering van rechterlijke uitspraken die wij (geïnspireerd door Sunstein) onderscheiden in ons onderzoeksmodel – zijn wij van mening dat alle uitspraken diep moeten zijn. De argumentatie moet kenbaar en draagkrachtig zijn. Soms is dit echter niet genoeg, en is meer diepte vereist. Daarmee bedoelen we dat de uitspraak zich niet moet laten lezen als een pleitnotitie die vastberaden naar een beslissing wordt toegeschreven. De motivering dient inzicht te geven in de weging van argumenten en daarmee duidelijk te maken waarom een andere (eerder geprefereerde) mogelijkheid (thans) terzijde wordt gelaten. Ook menen wij op grond van ons onderzoek dat motivering bij rechtsvorming in voorkomende gevallen noopt tot het doen van een brede, of zelfs: zeer brede, uitspraak. We hebben het dan over het richtinggevende element van de motivering: is duidelijk hoe deze uitspraak zich verhoudt tot eerdere jurisprudentie en geeft zij voldoende houvast voor toekomstige gevallen. Zeer breed noemen we de motivering die de gegeven regel heel nadrukkelijk – stapsgewijs – in zijn context plaatst op de wijze zoals we die kennen uit de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Of dit alles aan de orde is, hangt af van de aanwezigheid van een of meer door ons op basis van dit onderzoek onderscheiden differentiatiefactoren: de grenzen van de rechtsvormende taak, de procesrechtelijke context, de relatie tot de eigen jurisprudentie, de relatie tot de rechtspraak van andere colleges, in appel: de relatie tot de uitspraak van de rechter in eerste aanleg, en de aard van het recht.

Wij gaan uit van de premisse dat de Afdeling als hoogste algemene bestuursrechter tot taak heeft richting te geven aan de rechtsontwikkeling in het algemeen bestuursrecht. Dit betekent dat, waar zich geen bijkomende factoren voordoen (denk bijvoorbeeld aan de situatie waarin de gevolgen voor volgende zaken nog niet goed zijn te overzien), het uitgangspunt moet zijn dat de Afdeling in gevallen waarin rechtsvorming wordt beoogd of gewenst is, een richtinggevende uitspraak doet. Deze breedte komt in de eerste plaats tot uitdrukking in een voor algemene toepassing vatbare regel. Wij hebben in ons onderzoek echter geconstateerd dat er zich verschillende bijkomende factoren kunnen voordoen die in de weg staan aan het geven van een meer algemene regel. Vooral in de gevallen waarin de rechter wel het idee heeft dat het een bepaalde kant op moet, maar hij tegelijkertijd de gevolgen van zijn uitspraak voor opvolgende gevallen nog niet goed kan inschatten, is het goed voorstelbaar dat de uitspraak meer casuistisch wordt opgezet. Niet altijd dient een bijkomende factor er echter naar onze mening toe te leiden dat de rechter een minder brede uitspraak doet.[206] Voor zover de breedte schuilt in het inkaderen van de uitspraak in een bestaand leerstuk, zal de breedte vooral tot stand komen door verwijzing naar eerdere rechtspraak.

Die verwijzing is naar onze mening in ieder geval nodig indien eerdere, eigen rechtspraak wordt bevestigd. Ook is verwijzing geboden wanneer de reikwijdte van eerdere jurisprudentie wordt aangepast (derhalve ook in zaken van hoger beroep waarin de rechtbank die eerdere rechtspraak al dan niet heeft gevolgd) of wanneer expliciet wordt teruggekomen van eerdere jurisprudentie. Ook kan verwijzing naar rechtspraak van andere colleges aangewezen zijn, vooral indien sprake is van gevestigde rechtspraak en de Afdeling uitdrukkelijk besluit al dan niet bij die rechtspraak aan te sluiten.

In enkele gevallen zouden wij willen pleiten voor een zeer brede wijze van motiveren, waarbij de onderhavige beslissing expliciet wordt ingepast in het tot dat moment tot ontwikkeling gebrachte leerstuk. Dat is vooral het geval indien een bepaalde lijn in de jurisprudentie wordt genuanceerd. Wanneer een in de rechtspraak ontwikkelde regel wordt aangescherpt of daarop een uitzondering wordt gemaakt, is het aangewezen uitdrukkelijk een relatie te leggen met de argumenten die dragend zijn voor de hoofdregel, waarvan de reikwijdte in dit geval wordt beperkt.

206 Zie uitvoeriger hierover in Deel V.

Waar het gaat om de diepte van de motivering, is de minimumnorm dat de argumentatie kenbaar en tegelijkertijd steekhoudend en logisch sluitend is. Uitspraken van de Afdeling met een nogal apodictisch karakter passen niet bij haar rechtsvormende taak. Juist in het geval de Afdeling een rechtsvormende beslissing neemt, moet de suggestie worden vermeden alsof deze vanzelfsprekend, en zelfs onontkoombaar is en min of meer logisch uit de wet of het systeem van de wet voortvloeit. Ook wanneer de Afdeling een uitspraak van de rechtbank die een zeker creatief rechterlijk element in zich draagt, bevestigt, is het van belang dat ze dat niet zonder argumentatie doet. Daarbij is van belang – dat geldt overigens ook wanneer de Afdeling zich aansluit bij rechtspraak van een ander hoogste college – dat de door de Afdeling opgezette argumentatie zich voldoende rekenschap geeft van de argumenten die door die andere rechter zijn gehanteerd. Wanneer bepaalde argumenten die door de andere rechter zijn gehanteerd, in het midden worden gelaten, wekt dat onnodig verwarring over de vraag waar de Afdeling ten opzichte van die argumenten nu precies staat.

Ten slotte is er naar onze mening aanleiding om in bepaalde gevallen een betoogtrant te hanteren die in de Nederlandse rechtspraak wat minder gebruikelijk is, maar die de uitspraak in termen van ons onderzoeksmodel zeer diep maakt. Het komt met een zekere regelmaat voor dat in een uitspraak van de Afdeling (en voor andere Nederlandse rechters geldt dit evenzeer) langs de kortste lijn naar de in raadkamer genomen beslissing wordt toegeredeneerd. Vaak hoeft het ook niet meer te zijn dan dat. Maar er zijn gevallen waarin een meer discursieve wijze van argumenteren de voorkeur verdient. We bedoelen daarmee dat de rechter in de motivering van zijn uitspraak inzicht geeft in het proces van wikken en wegen dat aan die uitspraak ten grondslag ligt. Het duidelijker tot uitdrukking brengen van de weging van argumenten ondermijnt niet het gezag van de rechter, maar versterkt het juist doordat het de rechtsvormende beslissing uiteindelijk meer reliëf geeft. Wij denken daarbij in het bijzonder aan situaties waarin expliciet wordt teruggekomen van eerdere rechtspraak (ook als daarbij aansluiting wordt gezocht bij een andere hoogste bestuursrechter) en aan gevallen waarin de Afdeling oordelend in hoger beroep uitdrukkelijk door de rechtbank is uitgenodigd van haar eerdere rechtspraak terug te komen. Ook is er naar onze mening aanleiding voor een dialoog van argumenten in de uitspraak zelf, wanneer de rechtbank een rechtsvormende keuze maakt op een punt waar geen duidelijke relatie met Afdelingsjurisprudentie bestaat en de Afdeling de rechtbank daarin niet volgt (hetzelfde geldt als de Afdeling die rechtbank wel volgt maar een andere rechtbank niet, in het geval van duidelijk voor de praktijk klemmende divergentie in de rechtbankjurisprudentie). Datzelfde geldt voor de gevallen

waarin de rechtbank zelf een rechtsvormende keuze maakt op een punt waar geen duidelijke relatie met Afdelingsjurisprudentie bestaat en de Afdeling de rechtbank volgt, doch daarmee afstand neemt van gevestigde rechtspraak van een andere hoogste bestuursrechter. Dan ligt het in de rede aan de argumenten die voor deze andere hoogste bestuursrechter doorslaggevend zijn geweest, niet zonder meer voorbij te gaan.

Met dit onderzoek is het denken over motiveringsmodaliteiten bij rechtsvormende rechterlijke uitspraken niet afgerond. We hebben getracht enkele richtlijnen en handvatten aan te rijken aan de Afdeling voor de motivering van haar uitspraken die een bijdrage leveren aan de rechtsontwikkeling op de terreinen waarop zij rechtspreekt. Daarbij hebben we vooral getracht inzichtelijk te maken waarvan het afhangt of de motivering breder of dieper wordt opgezet, dat wil zeggen: welke differentiatiefactoren relevant zijn en wat zij inhouden. Uiteindelijk heeft immers telkens te gelden: motiveren vraagt om differentiëren.

Lijst van aangehaalde literatuur

Asser/Vranken 1995 (Algemeen Deel)
J.B.M. Vranken, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel,* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995

Drion 2009
C.E. Drion, 'De civiele kamer van de Hoge Raad: een paar observaties vanaf de wal', *NJB* 2009, p. 357

Dworkin 1977
R.M. Dworkin, 'Is law a system of rules?', in: R.M. Dworkin (ed.), *The philosophy of law,* Oxford: OUP 1977, p. 38-65

Van Gerven 1997
W. van Gerven, 'Creatieve rechtspraak', *Rechtskundig Weekblad* 1997-1998, p. 209-223

Groenewegen 2006
T. Groenewegen, *Wetsinterpretatie en rechtsvorming* (diss. UvA Amsterdam), Den Haag: Boom 2006

Groenewegen 2007
T. Groenewegen, 'Wetsinterpretatie en rechtsvorming', *Ars Aequi* (56) 2007-1, p. 91-96

Hirsch Ballin 1988
E.M.H. Hirsch Ballin, 'Onafhankelijke rechtsvorming. Staatsrechtelijke aantekeningen over de plaats en functie van de Hoge Raad in de Nederlandse rechtsorde', in: *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel. De veranderingen in de rol van de Hoge Raad als rechtsvormer,* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 211-237, en in: *Rechtsstaat en beleid. Een keuze uit het werk van mr. E.M.H. Hirsch Ballin*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 291-316

Van Kreveld 2008
J.H. van Kreveld, 'Temporele werking van bestuursrechtspraak', NTB 2008, p. 203-212

Loth e.a. 2007
Loth e.a., 'Rechtsvinding door de Hoge Raad; de breedte en/of de diepte in?', *Trema* 2007, p. 317-325

Martens 1993
S.K. Martens, 'Motivering van uitspraken van de cassatierechter', in: P.A. Wackie Eysten e.a., *Gemotiveerd gehuldigd* (Van Boeschoten-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 133-153

Polak 1989
J.M. Polak, 'Theorie en praktijk van de rechtsvorming', in: Th.G. Drupsteen e.a. (red.), *Rechtsvorming in de sociale rechtsstaat* (De Haan-bundel), Deventer: Kluwer 1989, p. 59-63

Raad van State 2006
Raad van State, *Jaarverslag* 2006, Den Haag: Raad van State 2006

Raad van State 2007
Raad van State, *Opzet en vormgeving van uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak (rapport)*, Den Haag: Raad van State 2007

Sunstein 1999
C.R. Sunstein, *One case at a time. Judicial minimalism on the Supreme Court, Cambridge*: Harvard University Press 1999

Werkman & Westra 2008
W. Werkman en E. Westra, *Het rechterlijke functioneren van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 2007* (niet openbaar), Amsterdam: Ergo 2008

Wiarda/Koopmans 1999
G.J. Wiarda/T. Koopmans (bew.), *Drie typen van rechtsvinding*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999

Lijst van geselecteerde jurisprudentie[207]

2003

ABRvS 15 januari 2003, nr. 200201022/1 (Reusel-De Mierden), *AB* 2003, 128 (Bedenkingentrechter & (mogelijk rechtstreeks werkend) gemeenschapsrecht)

ABRvS 27 januari 2003, nr. 200206297/1, *AB* 2003, 286 m.nt. BPV, *JV* 2003, 103 m.nt. BKO (Indringendheid toetsing afwijzing asielaanvraag)

ABRvS 19 februari 2003, nr. 200204623/1 (Hof van Twente; revisievergunning pluimveehouderij), *AB* 2003, 129 m.nt. JV (Bedenkingentrechter & (mogelijk rechtstreeks werkend) gemeenschapsrecht)

ABRvS 12 maart 2003, nr. 200204044/1 (Zeewolde), *LJN*: AF5647 (Bedenkingentrechter & (mogelijk rechtstreeks werkend) gemeenschapsrecht)

ABRvS 16 april 2003, nr. 200204739/1 (Zandhagedissen Ruigenhoek Noordwijkerhout), *JM* 2003, 115 (Gevolgen bevoegdheidswijziging voor lopende bezwaar- en beroepsprocedures)

ABRvS 4 juni 2003, nr. 200205507/1 (Dirksland), *JB* 2003, 207 (Overgangsrecht wet kosten voorprocedures)

ABRvS 13 juni 2004 en 21 november 2006, nrs. 200404446/1 en 200404450/1 (Antilliaanse kiesrechtzaak), *AB* 2007, 80 m.nt. P.J. Stolk, *JB* 2004, 308 (Kiesrecht EP)

ABRvS 18 juni 2003, nr. 200300388/1 (Werkendam), *LJN*: A61691 (Overgangsrecht wet kosten voorprocedures)

ABRvS 25 juni 2003, nr. 200202381/1 (Milieugroep De Bilt), *AB* 2004, 5 m.nt. FM (Belanghebbendheid plaatselijke afdeling)

ABRvS 6 augustus 2003, nr. 200206222/1 (Brummen), *AB* 2003, 355 m.nt. P.A. Willemsen en RW, *JB* 2003, 216 m.nt. CLGFHA en RJNS (Onberoepen gebleven (uitdrukkelijk en zonder voorbehoud verworpen) beroepsgronden)

ABRvS 20 augustus 2003, nr. 200204052/1 (Bedrijfsafvalstort Maasvlakte), *AB* 2003, 391 m.nt. RW (Bedenkingentrechter & (mogelijk rechtstreeks werkend) gemeenschapsrecht)

ABRvS 20 augustus 2003, nr. 200204388/1, *BR* 2004/76, p. 424 m.nt. JWvZ (schadebesluiten; aanwijzingsbesluiten uitbreiding Schiphol)

ABRvS 20 augustus 2003, nr. 200204403/1 (Lingbeek), *JB* 2003, 265 (schadebesluiten; aanwijzingsbesluiten uitbreiding Schiphol)

ABRvS 20 augustus 2003, nr. 200204407/1 (Aalsmeer), *LJN*: AI1217 (schadebesluiten; aanwijzingsbesluiten uitbreiding Schiphol)

ABRvS 20 augustus 2003, nr. 200300288/1 (Van Wijk Benzinestations), *AB* 2004, 139 m.nt. K.J. de Graaf (schadebesluiten; aanwijzingsbesluiten uitbreiding Schiphol)

207 Zie § 9.

ABRvS 29 oktober 2003, nr. 200300346/1 (Ermelo), *BR* 2004, 334 m.nt. J.W. van Zundert (Inschakeling deskundige door rechtbanken in art. 49 WRO-zaken)
ABRvS 29 oktober 2003, nr. 200300512/1, *AB* 2003, 463 m.nt. PJS, *JB* 2004, 3 m.nt. LV (Uitsluiting kiesrecht onder curatele gestelde)
ABRvS 19 november 2003, nr. 200302858/3, niet gepubliceerd (Besluitbegrip & ondertekening)

2004

ABRvS 14 januari 2004, nr. 200303297/1 (permanente bewoning volkstuintjes Haarlemmermeer), *AB* 2004, 242 m.nt. F.R. Vermeer, *JB* 2004, 101 m.nt. CLGFHA (Partiële gedoogverklaring)
ABRvS 25 februari 2004, nr. 200306300/1, *AB* 2004, 286 m.nt. Sew (Beleidsregels & ambtshalve toetsing)
ABRvS 10 maart 2004, nr. 200301457/1, *AB* 2004, 314 m.nt. WdO (Besluitbegrip & ondertekening)
ABRvS 17 maart 2004, nr. 200303501/1 (discotheek Reguliersdwarsstraat), *JB* 2004, 182, *BR* 2004, 958 m.nt. J. in 't Hout (Partiële gedoogverklaring)
ABRvS 24 maart 2004, nr. 200304008/1 (Proceskosten Schiphol), *LJN*: A06074 (Overgangsrecht wet kosten voorprocedures)
ABRvS 7 april 2004, nr. 200306349/1 (Rucphen), *LJN*: AO7122 (Overgangsrecht wet kosten voorprocedures)
ABRvS 21 april 2004, nr. 200306404/1 (Groesbeek), *BR* 2004, 537 (Partiële gedoogverklaring)
ABRvS 30 juni 2004, nr. 200307286/1 (Groenverwerking De Trip/Houten), *AB* 2004, 320, *BR* 2004, 965 (Verplichting van bestuursorganen tot handhaving)
ABRvS 30 juni 2004, nr. 200307335/1 (Dalfsen), *BR* 2004, 1033 (Verplichting van bestuursorganen tot handhaving)
ABRvS 30 juni 2004, nr. 200307390/1 (Edam-Volendam), *LJN*: B60393 (Verplichting van bestuursorganen tot handhaving)
ABRvS 30 juni 2004, nr. 200308289/1 (Haarlem), *JB* 2004, 293 m.nt. C.L.G.F.H.A. (Verplichting van bestuursorganen tot handhaving)
ABRvS 4 augustus 2004, nr. 200306616/1 (Carpetland Leeuwarden), *JB* 2004, 320 (Rechtsoordelen)
ABRvS 18 augustus 2004, nr. 200307139/1 (Geluidschermen Betuweroute Duiven), *AB* 2005, 106 m.nt. A.G.A. Nijmeijer, *JB* 2004, 344 (Rechtsoordelen)

ABRvS 18 augustus 2004, nr. 200308517/1, *AB* 2004, 395 m.nt. NV, *JB* 2004, 345, *BR* 2005, 41 m.nt. B.P.M. van Ravels (Processuele connexiteit & belanghebbendheid bij het schadeveroorzakende besluit)

ABRvS 8 september 2004, nr. 200303055/1, *JB* 2004, 354 m.nt. EvdL Legalisatie, verificatie & het besluit-begrip)

ABRvS 8 september 2004, nr. 200304168/1, *AB* 2004, 329 m.nt. Sew (Legalisatie, verificatie & het besluit-begrip)

ABRvS 13 oktober 2004, nr. 200401416/1, *AB* 2005, 68 m.nt. CMB, *JB* 2004, 374, *JB* 2005, 74 m.nt. NV (Overgangsrecht wet kosten voorprocedures)

ABRvS 27 oktober 2004, nr. 200305883/1 (Bestemmingsplan Epe), *AB* 2005, 4 m.nt. J.J. Fokke (Bestaand gebruik onder het oude bestemmingsplan en overgangsrecht)

ABRvS 29 oktober 2004, 200404212/5 (Deurne), niet gepubliceerd (Belanghebbende bij niet tijdig nemen besluit)

ABRvS 15 november 2004, nr. 200406403/1, *AB* 2005, 26 m.nt. Sew, *JV* 2005, 42 m.nt. MMvA (Grondentrechter in het vreemdelingenrecht)

ABRvS 3 december 2004, nr. 200405922/1, niet gepubliceerd (Beroep op rechtsreeks werkende verdragsbepaling ter zitting bij de rechtbank)

ABRvS 15 december 2004, nr. 200300956/1, *LJN*: AR7548 (Overgangsrecht wet kosten voorprocedures)

ABRvS 15 december 2004, nr. 200305353/1 (Meerssen), *AB* 2005, 54 m.nt. dG, *JB* 2005, 58 m.nt. R.J.N.S. (Causaal verband bij verlengde besluitvorming)

ABRvS 15 december 2004, nr. 200305561/1 (Ameland), *LJN*: AR7587 (Causaal verband bij verlengde besluitvorming)

ABRvS 22 december 2004, nr. 200403113/1 (Ambt Montfort), *AB* 2005, 97, m.nt. TN onder *AB* 2005, 98 (Derdebelanghebbende met tegengesteld belang (art. 8:26 Awb))

2005

ABRvS 5 januari 2005, nr. 200400393/1 (Sittard-Geleen), *AB* 2005, 168 m.nt. HBr, *JB* 2005, 64 m.nt. EvdL (Beslismandaat in bezwaar)

ABRvS 26 januari 2005, nr. 200400465/1 (Oprichtingsvergunning voetbalstadion Den Haag), *BR* 2005, 309 (Verantwoordelijkheid voor fijnstof)

ABRvS 3 februari 2005, nr. 200406070/1, *AB* 2005, 104 m.nt. Sew, *JV* 2005, 131 (Besluit-karakter referentenbeslissing & *Brummen*)

ABRvS 9 februari 2005, nr. 200408877/1, *JV* 2005, 150 m.nt. BKO (Besluit-karakter referentenbeslissing & *Brummen*)

ABRvS 9 februari 2005, nr. 200409168/1, niet gepubliceerd (Besluit-karakter referentenbeslissing & *Brummen*)

ABRvS 11 februari 2005, nr. 200409153/1, *AB* 2005, 181 m.nt. BdeW, *JV* 2005, 136 m.nt. BKO, *JB* 2005, 99 m.nt. AMLJ (Doorbreking appelverbod)

ABRvS 11 februari 2005, nr. 200409759/1, *JV* 2005, 172 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (Ambtshalve toetsing & habeas corpus)

ABRvS 17 februari 2005, nrs. 200409226/1 en 200409226/2 (Delta Eye Secutiry), *LJN*: AS7218 (artikel 8:86 Awb)

ABRvS 23 maart 2005, nr. 200403172/1 (Apeldoorn), *LJN*: AT1998 (Toepasselijkheid 6:18 en 6:19 op besluiten na een nieuwe aanvraag)

ABRvS 25 mei 2005, nr. 200500599/1, *JV* 2005, 265 (Geloofwaardigheid ontvangstontkenning)

ABRvS 25 mei 2005, nr. 200408856/1, *LJN*: AT6168 (Herstel verzuim ex art. 6:6 Awb)

ABRvS 1 juni 2005, nr. 200406511/1 (Sittard-Geleen), *LJN*: AT6549 (Derdebelanghebbende bij weigering handhavend op te treden)

ABRvS 1 juni 2005, nr. 200502019/1, *AB* 2005, 443 m.nt. Sew, *JB* 2005, 212, *JV* 2005, 289 (Bekendmaking ex art. 3:41 Awb)

ABRvS 3 augustus 2005, nr. 200409361/1 (rugstreeppad), *AB* 2006, 26 m.nt. A.T. Marseille, *JB* 2005, 279 m.nt. AJB (Intrekking en vervanging van een beslissing op bezwaar)

ABRvS 17 augustus 2005, nr. 200410204/1 (Smallingerland; Woonschip IJsselmeer), *JB* 2005, 283 (Matiging vergoeding kosten bestuurlijke voorprocedures)

ABRvS 2 november 2005, nr. 200409073/1, *AB* 2006, 20 m.nt. F.C.M.A. Michiels, *JB* 2006, 11 m.nt. C.L.G.F.H.A. (Intrekking erkenning uitvoering APK-keuringen geen punitieve sanctie)

2006

ABRvS 18 januari 2006, nr. 200409413/1 (Paradise/Den Haag), *AB* 2006, 122 m.nt. F.R. Vermeer, *JB* 2006, 56 m.nt. C.L.G.F.H.A en R.J.N.S. (Besluitkarakter waarschuwing bestuurlijke maatregelen)

ABRvS 18 januari 2006, nr. 200507534/1 (ADO-stadion), *AB* 2006, 330 m.nt. A.B. Blomberg, *JM* 2006, 27 m.nt. De Vries (Luchtkwaliteit)

ABRvS 26 januari 2006, 200510423/1, *JB* 2006, 76 (Aanvang hoger beroepstermijn)

ABRvS 8 februari 2006, nr. 200501120/1 (Noordwijk), *AB* 2006, 127 m.nt. A.G.A. Nijmeijer, *BR* 2006, 349 m.nt. J. Robbe (Leeg voorbereidingsbesluit)

ABRvS 27 maart 2006, nr. 200507386/1, *AB* 2006, 211 m.nt. Sewandono, *JB* 2006/142 m.nt. AMLJ (Artikelen 6:18 en 6:19 Awb bij intrekking)
ABRvS 29 maart 2006, nr. 200503226/1 (Oostflakkee), *JB* 2006, 144 (Uitleg van de term 'overtreder')
ABRvS 5 april 2006, nr. 200506157/1 (FOC Roosendaal), *AB* 2006, 183 m.nt. A.G.A. Nijmeijer, *JM* 2006, 65 m.nt. De Vries (Luchtkwaliteit)
ABRvS 24 mei 2006, nr. 200504224/1 (Groesbeek), *AB* 2006, 228 m.nt. A.G.A. Nijmeijer, *JB* 2006, 212 m.nt. R.J.N.S. tevens *JB* 2006, 211 (Belanghebbende bij weigering bouwvergunning)
ABRvS 21 juni 2006, 200508834/1 (Lopik), *AB* 2006, 339 m.nt. RW onder *AB* 2006, 338, *JB* 2006, 220 (Grondentrechter & Europees recht)
ABRvS 28 juni 2006, nr. 200600626/1 (Stevenstoren Nijmegen), *AB* 2006, 289 m.nt. M.P. Jongma (Aanscherpen luidschema carillon)
ABRvS 5 juli 2006, nr. 200507331/1, *AB* 2006, 277 m.nt. I. Sewandono (Enkel gegrondverklaring bezwaar tegen niet tijdig beslissen)
ABRvS 19 juli 2006, nr. 200505837/1 (Alkmaar), *JB* 2006, 256 (Intrekking oorspronkelijk rechtsmiddel bij rechtstreeks beroep)
ABRvS 19 juli 2006, nr. 200508116/1 (Den Haag), *LJN*: AY4263 (Nieuw besluit in primo na vernietiging beschikking op bezwaar door de rechtbank)
ABRvS 26 juli 2006, nr. 200507481/1 (Luchtkwaliteit Hilversum), *AB* 2006, 359, *BR* 2006, 908 m.nt. H.J. de Vries, *JM* 2006, 93 m.nt. De Vries (Luchtkwaliteit)
ABRvS 26 juli 2006, nr. 200508295/1 (Elburg), *LJN*: AY5097 (Derde met parallel belang)
ABRvS 23 augustus 2006, nr. 200507730/1 (LTO Noord/Zuid-Holland), *AB* 2006, 365 m.nt. A. van Hall, *BR* 2006, 1021 m.nt. A.G.A. Nijmeijer, *JB* 2001, 291 m.nt. R.J.N.S. (Belanghebbendheid belangenorganisaties)
ABRvS 20 november 2006, nr. 200603727/1, *AB* 2007, 133 m.nt. I. Sewandono (Inhoudelijke beslissing na buiten behandeling laten)
ABRvS 22 november 2006, nr. 200600200/1 (Bluswerkzaamheden Haarlem), *AB* 2007, 25 m.nt. APW Duijkersloot, *JB* 2007, 11 m.nt. C.L.G.F.H.A. (*Pikmeer*-jurisprudentie)

2007

ABRvS 24 januari 2007, nr. 200601431/1 (Bestuur Openbaar Onderwijs Rotterdam/Stichting Participatiefonds voor het Onderwijs), *LJN*: AZ6884 (Bekendmaking Reglement)
ABRvS 24 januari 2007, nr. 200604541/1, *LJN*: AZ6874 (Verwerking van beroepsrecht)

ABRvS 31 januari 2007, nr. 200605289/1 (Koenigscollectie), *AB* 2007, 120 m.nt. H. Peters (Besluitkarakter)

ABRvS 25 april 2007, nr. 200602553/1, *AB* 2007, 174 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, *JB* 2007, 122 (Bekendmaking huis-aan-huis-bladen)

ABRvS 9 mei 2007, nr. 200600394/1, *JB* 2007, 125 (Bekendmaking huis-aan-huis-bladen)

VzABRvS 6 juni 2007, nr. 200605982/1 (Noordwijk), *AB* 2007, 230 m.nt. A.G.A. Nijmeijer, *JB* 2007, 137 m.nt. R. Ortlep (Vernietiging voorwaarde bouwvergunning met terugwerkende kracht; gevolgen bouwstop)

ABRvS 6 juni 2007, nr. 200608140, *AB* 2007, 220 m.nt. A.M.L. Jansen, *JB* 2007, 144 m.nt. C.L.G.F.H.A. (Immateriële schadevergoeding bij overschrijding redelijke termijn)

ABRvS 13 juni 2007, nr. 200606058/1, *AB* 2007, 261 m.nt. A.M.L. Jansen, *JB* 2007, 146 (Immateriële schadevergoeding bij overschrijding redelijke termijn)

ABRvS 4 juli 2007, nr. 200703198/1 (Slochteren), *AB* 2007, 274 m.nt. J. Robbe, *JB* 2007, 151, *BR* 2007, 669 m.nt. A.G.A. Nijmeijer (Artikel 6:13 bij samenloop bezwaarprocedure en 3.4 procedure)

ABRvS 5 september 2007, nr. 200607346/1 (Motorsportterrein Smitsschorre), *JM* 2008, 56 m.nt. Te Hofsté (Afwijking proviciaal beleid grenswaarden geluidzone KB)

ABRvS 10 oktober 2007, nr. 200606568/1 (Luchtvaartterrein Lelystad), *JB* 2007, 224, *JM* 2008,10 m.nt. Pieters (Overgangsrecht wet kosten voorprocedures)

ABRvS 12 oktober 2007, nr. 200701023/1, *AB* 2008, 106 m.nt. T.P. Spijkerboer, *JV* 2007, 530 m.nt. HBA (Onmenselijke behandeling na Salah Sheekh)

ABRvS 17 oktober 2007, nr. 200701342/1, *JB* 2007, 225 (Openbaarmaking rechtbankuitspraak)

ABRvS 5 december 2007, nr. 200609224/1 (SGP/Minister BZK), *AB* 2008, 35 m.nt. R.J.B. Schutgens & J.J.J. Sillen, *JB* 2008, 24 m.nt. R. Nehmelman & M. Kanne en R.J.N.S. (subsidie SGP)

2008

ABRvS 30 januari 2008, nr. 200701883/1 (Boomkwekerij Rendering e.a./Gelderland), *AB* 2008, 134 m.nt. A.G.A. Nijmeijer (Verwerking van beroepsrecht)

ABRvS 20 februari 2008, nr. 200701692/1 (Alkemade), *BR* 2008, 564 m.nt. W.J. Bosma (Verschoonbaarheid niet indienen van bedenkingen)

ABRvS 27 februari 2008, nr. 200702195/1 en nr. 200702199/1 (Oldebroek), *AB* 2008, 168 m.nt. F.C.M.A. Michiels, *JB* 2008, 91 (Omzetting dwangsombesluit in bestuursdwang)

ABRvS 27 februari 2008, nr. 200702700/1 (Overijssel), *LJN*: BL5275 (Verwerking van beroepsrecht)

ABRvS 5 maart 2008, nr. 200702359/1 (VvE De Muze e.a./Zuid-Holland), *JB* 2008, 92 (Belanghebbendheid VvE)

ABRvS 28 mei 2008, nr. 200608226/1 (MEGA Projecten e.a./Noord-Holland), *BR* 2008, 136, *JB* 2008, 175, *JM* 2008, 79 m.nt. Pieters (Afgeleid belang)

ABRvS 4 juni 2008, nr. 200703206/1, *JB* 2008, 146 m.nt. AMLJ, *AB* 2008, 229 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (Immateriële schadevergoeding bij overschrijding redelijke termijn door de rechtbank)

ABRvS 16 juli 2008, nr. 200706919/1, *JB* 2008, 196 m.nt. C.L.G.F.H.A. (Artikel 4:5 Awb)

ABRvS 13 augustus 2008, nr. 200705158/1, *AB* 2008, 312 m.nt. A.G.A. Nijmeijer, *BR* 2008, 184 m.nt. R.S. Wertheim, *JB* 2008, 202 (Pro forma zienswijzen)

Lijst van overige aangehaalde jurisprudentie

Europees Hof voor de rechten van de mens

Europees Hof voor de Rechten van de Mens 9 december 1994, nr. 18390/91 *(Ruiz Torija v. Spain)*

Europees Hof voor de Rechten van de Mens 19 december 1997, nr. 157/1996/776/977 *(Helle v. Finland)*

Europees Hof voor de Rechten van de Mens 21 januari 1999, nr. 30544/96 *(García Ruiz v. Spain)*

Europees Hof voor de Rechten van de Mens 27 september 2001, nr. 49684/99 *(Hirvisaari v. Finland), NJCM-Bulletin* 2002, p. 291-298 m.nt. R.J.N. Schlössels

Europees Hof voor de Rechten van de Mens 11 januari 2007, nr. 1948/04 *(Salah Sheekh v. The Netherlands), AB* 2007, 76 m.nt. B.P. Vermeulen

Europees Hof voor de Rechten van de Mens 22 februari 2007, nr. 1509/02 *(Tatishvili v. Russia), AB* 2007, 324

Hoge Raad der Nederlanden

HR 4 juni 1993, *NJ* 1994, 659 (Vredo/Veenhuis)

HR 6 januari 1998, *AB* 1998, 45 m.nt. ThGD, *NJ* 1998, 367 m.nt. JdH (Pikmeer II)

Rechtbank Den Bosch

Rb Den Bosch 12 oktober 2007, nr. AWB 06/4429 (Poolse schilders), *AB* 2007, 402 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen

Rechtbank Utrecht

Rb Utrecht 13 januari 2009, SBR 07/2376, *AB* 2009, 139 m.nt. R. Ortlep

Voorzieningenrechter Rechtbank Roermond

Voorzieningenrechter Rb Roermond 5 maart 2004, nr. 04/40 en 40/167 WRO V1 (Ambt Montfort), niet gepubliceerd

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

ABRvS 20 april 1994, *AB* 1994, 679 m.nt. ThGD

ABRvS 23 maart 1995, nr. H01.94.0037 (Sociëteit Amicitia), *AB* 1996, 262 m.nt. PvB, *BR* 1995, 494, *JB* 1995, 104

ABRvS 13 mei 1996, *AB* 1996, 312, m.nt. FM

ABRvS 23 oktober 2002, nr. 200104500/1 (Autobedrijf Doorten Pesse), *AB* 2003, 303 m.nt. RW en P.A. Willemsen, *JB* 2002, 358

ABRvS 27 juli 2005, nr. 200408500/1 en 200500176/1 (Leerdam), *LJN*: AU0104

Voorzitter Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

VzABRvS 22 februari 2008, nr. 200707537/1, *LJN*: BC5242

VzABRvS 26 maart 2008, nr. 200800289/1, *JM* 2008, 63 m.nt. Zijlmans

VzABRvS 9 mei 2008, nr. 200800949/1, *LJN*: BD1472

ABRvS 1 oktober 2008, nr. 200801150/1 (Stichting Omgevingsrecht), *AB* 2008, 348 m.nt. F.C.M.A. Michiels

Centrale Raad van Beroep

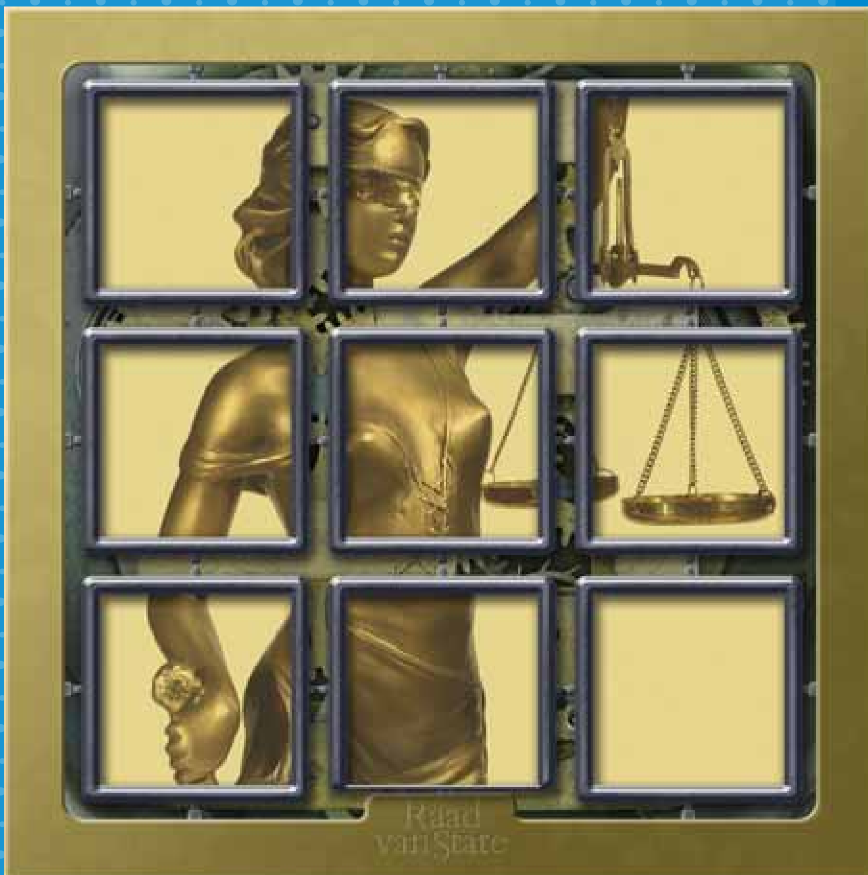
CRvB 16 april 1999, nr. 97/7438 AAW, *JB* 1999, 125 m.nt. EvdL

CRvB 6 december 2000, nr. 98/1053 AAW/WAO, *USZ* 2001, 35

CRvB 7 juli 2006, nr. 04/3938 WAO, *AB* 2007, 221 m.nt. A.M.L. Jansen

CRvB 15 november 2006, *AB* 2007, 72 m.nt. H. Peters, *TAR* 2007, 26





ISBN 978-90-9024793-9